

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
ANO LETIVO 2013/2014



ATOS PARLAMENTARES E COSTUME CONSTITUCIONAL

EUCLYDES CALIL FILHO

Lisboa Portugal

Abril 2016

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
ANO LETIVO 2013/2014



ATOS PARLAMENTARES E COSTUME CONSTITUCIONAL

Dissertação sob a Orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Miranda como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito na área de especialização em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

EUCLYDES CALIL FILHO

Lisboa Portugal

Abril 2016

*À minha Família e a Deus,
sem os quais nada seria possível.*

AGRADECIMENTOS

O sentimento é de gratidão. Neste percurso por este mestrado muitos foram os momentos onde o reconhecimento da presença e da ajuda das pessoas envolvidas direta e indiretamente se fizeram presentes e marcantes.

Sozinhos nada somos, pois para caminharmos precisamos estar com as pessoas e pelas pessoas ao nosso lado. E assim foi antes e durante esta experiência extremamente gratificante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Muitas as pessoas que poderiam ser mencionadas nestes Agradecimentos. Mas, infelizmente, o diminuto espaço destas linhas não comportaria.

Muito obrigado a Deus e a minha Família por proporcionarem esta experiência muito significativa e enriquecedora. Saio bastante diferente de quando iniciei este curso e cada minuto valeu a pena.

Muito obrigado aos meus Professores e Grandes Mestres Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes. Ter a oportunidade de receber seus ensinamentos foi algo marcante e antes jamais imaginado. Ambos foram exemplos de Professor e Jurista, com os quais o convívio foi sempre marcado pela gentileza e preocupação com os alunos.

Muito obrigado ao Professor Jorge Miranda, seu grande conhecimento, aliado à sua palavra amiga e segura, sempre de estímulo e compreensão, possibilitaram-me seguir em frente diante das naturais dificuldades de um curso deste porte. Sempre disponível e sempre gentil, foi Amigo e Professor, ensinando e conduzindo ao mesmo tempo. Meu muito obrigado por ter aceitado ser meu orientador nesta dissertação.

Muito obrigado, da mesma forma, ao Professor Carlos Blanco de Moraes, suas aulas, sempre marcadas pelo grande conhecimento e pela gentileza, também tornaram possível a realização deste trabalho.

Muito obrigado aos Colegas de curso, foram momentos que ficarão na memória.

Muito obrigado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a qual me recebeu e também possibilitou a concretização deste curso de mestrado.

A todos, meu muito obrigado!

RESUMO

Versa o presente trabalho sobre os atos parlamentares internos tácitos e os costumes constitucionais. A atividade parlamentar nos sistemas constitucionais, baseados em constituição escrita e rígida, cada vez mais tem sido marcada pelo uso de atos constitucionais tácitos, sendo os mais utilizados os costumes constitucionais e os parlamentares. Isso tem feito com que a discussão a respeito dos costumes constitucionais (gênero) e dos parlamentares (espécie) tenha sido retomada, uma vez que atualmente não se têm avistado limites e a devida identificação destes costumes, além de que a atividade do parlamento, em face de seus atos internos tácitos, tem de defrontado com a questão da autonomia dos parlamentos na sua auto regulamentação interna e a respectiva concretização desta regulamentação, a se manifestar por meio dos atos internos expressos e tácitos. Quanto a estes últimos, objeto desta dissertação, tem se percebido uma certa indefinição de concepções, o que tem dificultado a respectiva identificação da atividade parlamentar interna tácita. Diante disso, um ato tácito praticado dentro do parlamento pode ao mesmo tempo ser entendido como praxe (ou prática), convenção constitucional, convenção parlamentar, costume constitucional ou costume parlamentar. Tal indefinição conceitual não é restrita apenas ao âmbito teórico, pois seus desdobramentos práticos trazem consequências importantes, uma vez que, a depender de como seja classificado um ato tácito, as soluções jurídicas serão bem diversas quanto aos seus efeitos. Em face disso, será objeto desta dissertação esta generalização das ideias e concepções que se apresentam nos sistemas constitucionais citados e a busca dos motivos desta indefinição para, com isso, apresentar para esta indefinição uma proposta de solução com a identificação que se reputa correta em relação aos atos parlamentares internos tácitos e, assim, saber o que eles são e o que não são, efetivamente. Com tal proposta, busca-se um contributo para a compreensão e a solução de tal questão.

PALAVRAS-CHAVE: Parlamento. Atos parlamentares. Convenções constitucionais. Convenções parlamentares. Costumes parlamentares. Costumes constitucionais. Direito costumeiro. Constituição consuetudinária.

ABSTRACT

This monograph is about on internal parliamentary acts and tacit constitutional customs. Parliamentary activity in constitutional systems based on written constitution and rigid, has increasingly been marked by the use of tacit constitutional acts, and the constitutional customs and parliamentary most used. This has made the discussion of the constitutional customs (gender) and parliamentary (species) has been taken up, since currently do not have sighted limits and proper identification of these customs, as well as the activity of the parliament in face their tacit internal acts, it has faced with the question of autonomy of parliaments in their inner self-regulation and its implementation of this regulation, manifest through the expressed and implied internal acts. As regards the latter, the object of this work, has noticed a certain vagueness of conceptions, which has hindered its identification of tacit internal parliamentary activity. Thus, a tacit act performed within the Parliament can simultaneously be understood as praxis (or practice), conventions of the constitution, conventions of the parliament, constitutional custom or parliamentary custom. Such conceptual vagueness is not restricted to the theoretical framework, because its practical developments have important consequences, since, depending on how it is classified a tacit act, the legal solutions are very different in their effects. On the face of it, will be the subject of this monograph this generalization of the ideas and concepts that are presented in the above constitutional system and the search for the reasons for this vagueness to thereby provide for this vagueness a proposed solution to the identification that is deemed correct in relation to internal parliamentary acts tacit and thus know what they are and what they are not, actually. With this proposal, we seek to contribute to the understanding and solution of this question.

KEYWORDS: Parliament. Acts parliamentarians. Conventions of the constitution. Conventions of the parliament. Parliamentary customs. Constitutional customs. Customary law. Constitution customary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I – O PARLAMENTO E OS ATOS JURÍDICO-PÚBLICOS	15
1. O Parlamento no Sistema Constitucional	15
1.1 Sistemas de governo: presidencialismo e parlamentarismo	15
1.1.1 Presidencialismo	15
1.1.1.1 Síntese Geral e Características do Presidencialismo	15
1.1.1.2 A Elaboração da Figura do Presidente e Seus Poderes ...	17
1.1.2 Parlamentarismo	20
1.1.2.1 Algumas Semelhanças e Diferenças entre o Parlamentarismo e o Presidencialismo	21
2. Anotações Históricas a respeito do Parlamentarismo	25
3. Breve Panorama do Parlamentarismo no Direito Comparado	34
3.1 Portugal	34
3.2 França	37
3.3 Canadá	39
3.4 Austrália	40
3.5 Índia	43
3.6 Japão	45
4. Direito Parlamentar e Direito Eleitoral	46
5. Fontes do Direito Parlamentar	47
PARTE II – AS CATEGORIAS DOS ATOS PARLAMENTARES	51
6. Atos Parlamentares Internos e Externos	51
6.1 Atos Parlamentares Externos	51
6.2 Atos Parlamentares Internos	52
7. Atos Parlamentares Expressos e Tácitos	53
7.1 Atos Internos Expressos	53
7.2 Jurisprudência Parlamentar	54
7.3 Precedentes Parlamentares	55

7.4 Regulamentos Parlamentares	55
7.5 Particularidades dos Regulamentos Parlamentares	56
7.6 Soberania do Parlamento e Teoria dos Atos "interna corporis"	60
8. Atos Parlamentares Internos Tácitos	67
8.1 Praxes	68
8.1.1 Fundamentos e Breve Panorama Conceitual	68
8.1.2 As Práticas na Doutrina Francesa	70
8.1.2.1 Tipos de Práticas	70
8.1.3 As Práticas na Doutrina Italiana	72
8.2 Precedentes Constitucionais e Parlamentares	74
8.3 Convenções Constitucionais	76
8.3.1 Noções Fundamentais	76
8.3.2 “Usages of the Constitution” (Estados Unidos)	79
9. Breve Panorama Comparado das Convenções Constitucionais	81
9.1 Na Doutrina Inglesa	81
9.1.1 Origem do Termo, Espécies, Características e Relevância	81
9.1.2 As Convenções no Reino Unido e nos Estados Unidos	81
9.1.3 Funções das Convenções	82
9.1.4 Estabelecimento das Convenções	83
9.1.5 Porque as Convenções Devem ser Observadas	84
9.1.6 Convenções, Costumes e Leis: Relações e Diferenças Fundamentais	85
9.2 Na Doutrina Francesa	88
9.2.1 Noções sobre as Convenções e a “Transposição Livre”	88
9.3 Na Doutrina Italiana	94
9.3.1 Riccardo Guastini	94
9.3.1.1 Convenções Constitucionais	94
9.3.1.2 Semelhanças e Diferenças entre Costumes e Convenções Constitucionais	94
9.3.1.3 Costumes e Normas de Correção	95
9. 3.2 Carlo Girola	97
9. 3.2.1 Normas de Correção, Praxes e Convenções Constitucionais	97
9. 3.2.2 Normas de Correção Constitucional e as Convenções	98

9. 3.2.3 Os Costumes e as Convenções	99
9. 3.2.4 As Praxes e as Convenções Constitucionais	99
10. Costume Parlamentar	100
10.1 Na Doutrina Italiana	100
10.1 Vittorio Di Ciolo	100
10.2 Vincenzo Miceli	103
11. Convenções Parlamentares	104
11.1 Na Doutrina Italiana	104
11.2 Na Doutrina Francesa	105
11.2.1 Tipos de Convenções Parlamentares	105
11.2.2 Convenções Parlamentares Interpretativas	105
11.2.3 Convenções Parlamentares Criativas	106
11.2.4 Convenções Parlamentares “contra legem”	107
 PARTE III – ATOS PARLAMENTARES E O COSTUME CONSTITUCIONAL	108
 12. O Costume Constitucional e sua Relação com os Atos Parlamentares	
Tácitos	108
12.1 Considerações Introdutórias	108
12.2 Do Gênero à Espécie	110
13. Conceitos de Costumes: Breve Panorama	111
13.1 Antiga Conceituação de Costume no Direito Alemão	112
13.2 Costume na Conceituação Atual (“Tradicional”)	113
13.3 Elementos Constitutivos dos Costumes e sua Capacidade Criadora de Normas Jurídicas	114
13.4 Das Três Espécies de Costumes Tradicionais	116
14. Costumes Constitucionais	120
14.1 Introdução Metodológica	120
15. Costumes Constitucionais em uma Breve Visão Comparada	121
15.1 Doutrina Portuguesa	122
15.1.1. Jorge Miranda	122
15.1.2 Carlos Blanco de Moraes	123
15.2 Doutrina Italiana	126
15.2.1 Carlo Girola	126

15.2.1.1 Particularidades dos costumes constitucionais	126
15.2.1.2 Costume e Lei. Semelhanças e Diferenças	135
15.2.1.3 Âmbito de Atuação dos Costumes Constitucionais	137
15.2.1.3.1 Reserva de Lei e Lacunas	137
15.2.1.3.2 Campo de Exclusão da Ação dos Costumes Constitucionais	138
15.2.1.4 Relativizações e Afastamento da Teoria Geral do Direito	139
15.2.2 Riccardo Guastini	145
15.2.2.1 Costumes Constitucionais	145
15.2.2.2 Fatos Normativos, Princípio da Efetividade e Validade “ex post”	145
15.2.2.3 Elementos dos Costumes	147
15.2.2.4 Espécies de Costumes	148
15.2.2.5 Ausência de Previsão na Constituição Italiana do Costume como Fonte do Direito	150
15.2.2.6 Campo de Incidência dos Costumes e a Reserva de Lei	150
15.2.3 Carmelo Carbone	152
15.2.3.1 Elementos do Costume Constitucional e os respectivos Sujeitos	153
15.2.3.2 Características Distintivas (em Relação ao Costume Tradicional)	154
15.2.3.3 Especial Papel dos Costumes no Âmbito das Normas Constitucionais	158
15.2.3.4 Influência dos Costumes em Face do Tipo de Constituição	160
15.3 Doutrina Francesa	160
15.3.1 Linguagens jurídicas	160
15.3.2 Direito Costumeiro: Noção e Função	161
15.3.3 Espécies de Direito Costumeiro	161
15.3.4 Direito Costumeiro Escrito	162
15.3.5 Direito Costumeiro Não Escrito	162
15.3.6 Força Obrigatória Costumeira	162

15.3.7 Atuação das Espécies do Direito Costumeiro	163
15.3.8 Direito Positivo ou Positividade do Direito	164
15.3.9 A Natureza Costumeira da Constituição Francesa	165
15.3.9.1 Teoria das Revoluções e a Continuidade	
Constitucional	165
15.3.9.2 Poder Nacional Constituinte	168
15.3.9.3 O Caráter Ilimitado do Direito Costumeiro Não	
Escrito	171
15.4 Doutrina Brasileira	172
15.4.1 Anna Cândida Ferraz	172
15.4.2 Luiz Roberto Barroso	189
15.4.3 Uadi Lammêgo Bulos	190
16. Alguns Exemplos de Costumes Constitucionais e/ou Parlamentares	190
CONCLUSÃO	194
BIBLIOGRAFIA	212

INTRODUÇÃO

Considerações sobre o Tema, Apresentação da Síntese do Problema, Delimitação e Abordagem Comparada e Crítica

A presente dissertação versa sobre os atos parlamentares e os costumes constitucionais.

A proposta deste trabalho é também expor conceitos e características, agrupá-los por país e tecer comentários críticos sobre pontos relacionados com a utilização dos costumes parlamentares e constitucionais em sistemas baseados em constituição escrita e rígida, bem como quanto à possibilidade ou não desta utilização.

Além disso, o presente trabalho tem como ponto de partida o seguinte problema: a indefinição de conceitos de atos parlamentares tácitos internos, ou a sua demasiada generalização, fazendo com que não se saiba efetivamente quando se estaria diante de costume parlamentar, costume constitucional, práticas, praxes, convenções parlamentares, convenções constitucionais e normas de correção.

Tal problema possui sentido e relevância teórica e prática, uma vez que tal indefinição possui desdobramentos práticos significativos, pois a depender de como seja identificado cada instituto, as consequências jurídicas serão bem diversas. E justamente tal generalização excessiva de concepções acaba por fazer com que um mesmo ato tácito possa ser definido de várias formas, a gerar também possibilidades diversas de produção dos respectivos efeitos.

Além disso, tal indefinição acaba por afetar a segurança jurídica diante das normas constitucionais nos países continentais de constituição escrita e rígida, como se verá.

Como solução a tal problema, será buscada a compreensão dos motivos de tal indefinição para, a seguir, propor a solução que se reputa correta, ou seja, identificar os institutos para poder se saber, efetivamente, o que são e o que não são. Esta proposta se apresenta como tentativa de contributo para compreensão e solução da questão.

Assim, dentro do tema atos parlamentares tácitos internos e os costumes constitucionais e parlamentares, será também a proposta da presente dissertação uma abordagem crítica sobre uma breve visão panorâmica e comparada dos

conceitos e características dos institutos jurídicos em questão, sendo esta visão crítica a respeito de seus elementos conceituais e a relação destes com a teoria geral do direito, pois como se verá há momentos em que o operador do direito pode se encontrar diante de possíveis contradições conceituais e indefinição de conceitos, ao menos em tese.

A análise comparativa e de ordem crítica apresentada neste trabalho é apenas mais uma breve visão sobre o assunto, imperfeita, incompleta e sujeita por sua vez a críticas também.

Por fim, além do propósito de compreender a raiz do problema e apresentar a respectiva proposta de solução como tentativa de contributo ao tema, traz também como objetivo discutir aspectos sobre o tema de forma a propiciar mais uma hipótese de reflexão.

Metodologia

Buscar-se-á no presente trabalho como método de base o lógico dedutivo¹, além do comparativo, sem prejuízo da ocorrência de outro(s) método(s) pontualmente localizado(s), pois as análises comparativa e crítica a que se propõe neste trabalho buscarão relacionar os elementos conceituais com suas premissas, para a extração de conclusões sobre a coerência lógica ou não dos elementos analisados.

Esta dissertação foi dividida em três partes. A primeira destinada à compreensão do parlamento como instituição e a evolução histórica do parlamentarismo, bem como uma breve visão de direito comparado para identificar a influência e a irradiação do parlamentarismo em outros países, como forma de se entender o problema e sua proposta de solução. Além disso, é sucintamente tratado da noção de fontes do direito parlamentar.

A Parte II é destinada ao desenvolvimento dos atos parlamentares tácitos internos. Na Parte III serão tratados dos costumes constitucionais e parlamentares, bem como suas relações entre si e com os demais atos parlamentares tácitos internos.

¹ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16-17. BITTAR, Eduardo C B. *Metodologia da pesquisa jurídica*, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18.

Como metodologia adotada nesta dissertação, optou-se por seguir uma análise que preservasse a integridade das ideias dos Autores adotados como referência para estas considerações críticas. Buscou-se, dessa forma, manter o pensamento de cada Autor na sua completeza, para que seu pensamento pudesse ser verificado e também para que fosse possível compará-lo com o pensamento dos outros Autores, como forma de individualizar as idéias em blocos, por Autor e por país.

Em face disso, não se optou por fazer uma só exposição condensada e sistematizada das ideias, pois, caso este fosse o caminho trilhado, acreditou-se que não seria possível demarcar as opiniões e critérios de cada Autor para explicar as questões suscitadas neste trabalho.

Além disso, entendeu-se que a condensação de todas as opiniões em uma só exposição não seria a melhor maneira de demonstrar e de contrastar as diferentes posições de cada país, pois em determinados países são nítidas as respectivas diferenças como, por exemplo, Inglaterra, França e Itália.

Dessa maneira, serão expostas e analisadas as ideias relativas ao tema em blocos, os quais serão agrupados por Autor e dentro de cada país.

PARTE I

O PARLAMENTO E OS ATOS JURÍDICO-PÚBLICOS

1. O Parlamento no Sistema Constitucional

1.1 Sistemas de governo: presidencialismo e parlamentarismo

1.1.1 Presidencialismo

Nota Introdutória

Entendeu-se pertinente fazer uma divisão nesta exposição a respeito do sistema presidencialista, a fim de se apresentar apertada síntese do desenvolvimento do presidencialismo sob dois enfoques. No primeiro serão apresentadas as ideias gerais sobre o desenvolvimento e características do respectivo sistema de governo, ao passo que no segundo enfoque, de caráter mais específico, será feito breve desenvolvimento a respeito da figura do presidente e seus poderes, bem como das ideias e receios em torno do chefe da nação no novo modelo a ser criado nos Estado Unidos.

1.1.1.1 Síntese Geral e Características do Presidencialismo

O direito constitucional norte americano teve como base a estrutura jurídica inglesa, bem como sofreu a influência direta das ideias políticas que permeavam o século XVIII. No início da colonização americana, as treze colônias receberam não só a suas constituições outorgadas, mas também trouxeram princípios de direito público, especialmente na área da cobrança de impostos, que preveniam as eventuais revoltas, bem como assimilaram também o “common law” e a respectiva atuação marcante dos juízes².

A formação dos Estados Unidos e a nova configuração da França, embora inspirados nos mesmos ideais, trilham caminhos diferentes, pois na América prevaleceu a experiência inglesa e o sentido prático de se criar uma nação a partir de elementos uniformes, ao passo que na França foi necessária uma ruptura

² JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 141.

sangrenta e a reconstrução total, ao menos em tese, do Estado francês para que o Antigo Regime não mais vigorasse. Além disso, priorizou-se na constituição do Estado norte americano a união de Estados livres³.

Nisso destaca-se que o presidencialismo norte americano, muito embora tenha sido criado com o processo da independência e elaboração da primeira constituição norte americanas, aquele foi fruto da experiência inglesa, a qual foi apenas adaptada ao novo país em formação. Como se nota, o emprego do empirismo inglês pelos fundadores da pátria americana foi fundamental para o sucesso do sistema presidencialista, o qual foi elaborado nos moldes básicos do parlamentarismo, substituindo o monarca pelo presidente, criando também o sistema federalista, o qual se apresentou como uma forma de união mais eficaz que a união estabelecida pelo reino monárquico, além de se adotar um forte sistema de separação dos poderes com destaque para a atuação dos Tribunais⁴.

As características específicas do continente norte americano e da sociedade que iniciava o seu povoamento desencadearam em soluções que foram surgindo, como por exemplo a independência das colônias americanas somado ao fato da vasta extensão territorial conduziram a formatação do Estado em uma federação, situação esta que foi favorecida também pelo espírito de igualdade que reinava entre os colonos e, justamente por serem colonos que tomaram posse da terra, não havia em solo americano dinastias para serem substituídas⁵.

O presidencialismo norte americano funda-se em uma constituição simultaneamente dotada de rigidez e de elasticidade. Diz-se rigidez constitucional uma vez que a sua forma de alteração difere da prevista para as leis ordinárias, sendo estabelecido para o texto constitucional mecanismo mais elaborado de modificação, inclusive havendo a participação neste processo dos Estados. Por sua vez, a constituição é tida como elástica, pois possui um caráter bastante genérico fazendo com que o seu texto, muito embora seja o mesmo, possa sofrer diversas leituras e adaptações ao momento, inclusive tal situação pode ser concretizada não

³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 142.

⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 142-143.

⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 141-142.

só pelo próprio poder executivo no cumprimento da constituição, mas também pela atuação dos próprios tribunais⁶.

Reconhece-se na constituição norte americana uma dúplice função, pois esta é ao mesmo tempo lei fundamental do país e pacto constitutivo da União, pois a constituição efetivamente “funda” a nação norte americana. Mas não só esta característica dúplice explica o fato de tal constituição ter sido apenas uma e estar em vigor há mais de duzentos anos, pois deve ser ainda mencionado a própria elasticidade da mesma, o caráter favorável dos contextos histórico e social, a atuação dos próprios tribunais, além das tradições jurídicas anglo-saxônicas⁷.

O presidencialismo norte americano trouxe elementos fundamentais e conseguiu disseminar em outros sistemas constitucionais sob a sua influência o controle de constitucionalidade, o federalismo e o presidencialismo⁸.

1.1.1.2 A Elaboração da Figura do Presidente e Seus Poderes

Como exposto por Vamireh Chacon, “o presidencialismo nasceu de dentro do parlamentarismo”, indicando como seu maior expoente os Estados Unidos da América, o qual foi o criador do presidencialismo⁹.

Segundo Maurice Duverger, “Washington é considerado o primeiro rei republicano de tipo moderno”. Além disso, de acordo ainda com Duverger, a eleição indireta limitada de 1787 teria sido considerada um sufrágio direto e universal. E, mesmo com a presença de grandes colégios eleitorais intermediários, estes não significaram apego americano aos costumes antigos de seus colonizadores, mas, sim, como instrumento utilizado pelos colonos americanos como medida de prudência a fim de garantir a estabilidade política ao novo sistema¹⁰.

Tal afirmação de Maurice Duverger, acima citada, decorre do fato de que o Presidente concentra muitos poderes que, não obstante tenha este sido legitimado por meio de escolha popular e haja a separação de poderes com o natural sistema

⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 140-141.

⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 141.

⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 143.

⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

¹⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

de freios e contrapesos. O Presidente, segundo Rutheford B. Hayes, “tem a nação nas mãos” e “Nenhum Soberano teve ainda em partilha um poder tão vasto em suas incidências”, bem como, ainda nas palavras de Calvin Coolidge, “suas decisões são definitivas e irrevogáveis”¹¹.

A fim de se prevenir o sistema americano presidencialista da tirania ou do autoritarismo, o que poria por fim o sistema planejado para a nova nação idealizada pelos colonos americanos, estabeleceu-se de forma bastante ampla a divisão de poderes em executivo, legislativo e judiciário preconizada por Montesquieu. Neste particular, os norte americanos não seguiram as linhas estabelecidas pela pátria mãe inglesa, pois lá o parlamentarismo abrange tanto o executivo como o legislativo, inclusive funções judiciais, todas dentro da figura do parlamento¹².

Neste sentido, o governador da Pensilvânia e considerado o principal responsável pela redação final da constituição norte americana, Robert Morris, declarou na seção constituinte de 21 de julho de 1787 a importância de se garantir a existência de “um poder de fazer, outro de executar e (...) de julgar as leis”¹³.

E nas discussões constituintes debatia-se a opção por uma presidência com amplos poderes em contraposição com uma presidência limitada. Alexander Hamilton defendia a primeira opção, ao passo que Thomas Jefferson era partidário da segunda, o que fez este último registrar que “a Tirania do Legislativo é realmente o perigo mais temível e prosseguirá assim por muitos anos”. “Já a Tirania do Executivo virá, por sua vez, porém numa fase mais distante”¹⁴.

À época de Thomas Jefferson, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que o princípio do parlamentarismo monárquico segundo o qual o rei não erra, baseado na premissa de que reina ao invés de governar, não tem aplicação ao presidencialismo, vez que neste o seu Chefe pode sofrer “impeachments”, os quais podem se originar tanto do legislativo quanto do judiciário¹⁵.

O presidencialismo se presta também a garantir a agilidade necessária diante dos momentos de crise, tais como os casos de calamidade pública ou guerras, uma vez que o parlamento não possui a mesma agilidade e eficiência do poder executivo no sistema presidencialista. Tal característica do sistema

¹¹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

¹² VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

¹³ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

¹⁴ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

¹⁵ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

presidencialista baseou-se também em John Locke o qual mencionava o “Estratego autocrator” dos atenienses ou “Dictator” romano¹⁶.

Neste contexto também é lembrada a colocação de Madison de que seria “tolo opor barreiras constitucionais ao impulso de autopreservação”, tendo a própria guerra de independência dos Estados Unidos confirmado esta afirmação. Desde então, as situações emergenciais armadas deram continuidade a este princípio da força do poder executivo dentro do sistema presidencialista o que fez Arthur M. Schlesinger proclamar “a democracia americana precisa descobrir um meio termo entre tornar o Presidente um Tirano ou transformá-lo em um títere”, acrescentando que “precisamos de um Presidente – mas um Presidente forte *dentro da Constituição*”¹⁷.

Diante de tal situação, a única saída, seja no regime presidencialista ou nos demais regimes, é que o povo seja o árbitro e controlador do governo em última instância, sendo necessário ainda que tal povo possua a necessária consciência política. Ainda, conforme expressa Arthur Schlesinger, apenas o respeito à constituição não foi o fator determinante para manter os primeiros presidentes americanos dentro dos limites esperados, pois tais presidentes conseguiram enxergar dentro do contexto político a existência dos princípios constitucionais norteadores do país, trazendo-lhes a compreensão de que havia contrapesos tanto expressos como implícitos na atuação unilateral do presidente em relação às políticas externas¹⁸.

Prossegue ainda dizendo que para a manutenção de um presidente forte dentro da constituição era fundamental o controle feito pela própria nação, pois nem o instituto do “impeachment” ou o arrependimento acarretariam efeitos práticos se o próprio povo desse a sua aquiescência, ainda que inconsciente, a um presidente imperial. Isto porque a constituição seria impotente para manter o país dentro dos ideais aos quais a própria nação estivesse decidida a trair¹⁹.

O fortalecimento do sistema de freios e contrapesos expressamente previstos dependia necessariamente do também fortalecimento de um sistema também de freios e contrapesos implícitos dentro da sociedade norte americana, arrematando que as instituições tinham “de reclamar sua própria dignidade e

¹⁶ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 14.

¹⁷ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 15.

¹⁸ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 15.

¹⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 15.

enfrentar suas próprias responsabilidades”, incluindo o Congresso, os Tribunais, o Poder Executivo, a Imprensa, as Universidades e também a própria opinião pública²⁰.

1.1.2 Parlamentarismo

Considerando que um breve resumo histórico a respeito do parlamento e do parlamentarismo inglês já foi realizado em linhas precedentes, serão colocadas agora algumas características atuais do parlamentarismo e sua irradiação para outros sistemas constitucionais.

Também de forma sintética, pode-se dizer que o parlamentarismo nos dias de hoje caracteriza-se por uma legislatura delimitada no tempo, pelo prazo de cinco anos, não obstante a possibilidade de, por iniciativa do Primeiro-Ministro, ocorrer a dissolução da Câmara dos Comuns antes deste prazo. A condução da formação do governo se dá pelo chefe do partido majoritário logo após as eleições, bem como a escolha dos ministros é feita dentre os integrantes do parlamento e a reunião das câmaras ocorre com a presença destes. Somado a, isso está a dependência dos ministros em relação ao Primeiro-Ministro e a caracterização da responsabilidade solidária do governo. Também podem ser citados a disciplina partidária, a oposição bem institucionalizada e o revezamento no poder dos partidos ingleses, por meio da alternância, sendo em períodos que variam geralmente até três legislaturas²¹.

Quanto à irradiação do parlamentarismo britânico a outros países, pode-se mencionar fases de difusão do parlamentarismo inglês²². No século XVII as colônias norte americanas e das Caraíbas receberam a influência inglesa a qual propiciou limitações constitucionais ao poder dos governantes, bem como a preocupação de se estabelecer garantias de liberdade. Por sua vez, agora no continente europeu, no século XVIII a influência britânica propiciou a absorção das ideias de governo representativo e da responsabilidade ministerial. Neste mesmo período, como já dito, embora os Estados Unidos da América não tenham adotado o

²⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 15.

²¹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 135.

²² JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 137.

parlamentarismo, estes receberam forte influência das instituições britânicas sendo, como já mencionado, criada a figura do presidente como forma de substituir a pessoa do monarca²³.

Em outro momento, também dentro do continente europeu, durante o início do século XIX, logo após os fortes acontecimentos da revolução francesa, tem grande influência o sistema inglês de governo nas constituições sueca de 1809 e norueguesa de 1814, bem como na carta constitucional francesa de 1814, podendo inclusive ser citada a carta constitucional portuguesa de 1826 outorgada por D. Pedro IV, além de algumas constituições dos Estados da confederação germânica²⁴.

Ainda no final do século XIX e já entrando no século XX, ocorre a irradiação do sistema constitucional inglês para os territórios que compunham o Império Britânico, o qual foi posteriormente transformado na “Commonwealth”, podendo ser citados o Canadá, Austrália e Índia. Apesar de não ter se inspirado na experiência britânica voluntariamente, após ter sido derrotado na segunda grande guerra mundial, ao Japão foi imposta pelos Estados Unidos uma constituição que adotou o modelo parlamentar como sistema de governo²⁵.

Quanto ao sistema de governo parlamentar, há ainda o chamado “Parlamentarismo racionalizado”, cujo termo foi utilizado por Boris Mirkime-Guetzevitch para designar um regime parlamentar que foi estabelecido posteriormente à primeira guerra mundial e que após a segunda guerra mundial foi retomado num contexto diferente, já com a preocupação de se buscar ou garantir a estabilidade e a eficácia²⁶.

1.1.2.1 Algumas Semelhanças e Diferenças entre o Parlamentarismo e o Presidencialismo

Quanto às semelhanças ou notas de conexão, nos dois sistemas os Chefes de Governo são, em certa medida, equiparados, pois ambos são fruto de eleições gerais, uma vez que na Inglaterra o Primeiro-Ministro costuma ser oriundo

²³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 137.

²⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 138.

²⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 138.

²⁶ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 5.

da Câmara dos Comuns e esta é composta por meio de eleições gerais, fazendo até com que se diga que o que existe na Inglaterra em realidade é um sistema presidencialista exercido dentro do parlamento²⁷.

A proximidade entre o parlamentarismo e o presidencialismo é sustentada também por León Blum o qual, tendo exercido o cargo de Primeiro-Ministro na França, manifestou-se no sentido de que a separação de poderes para o Executivo e o Legislativo, separação esta preconizada ao nível de dogma constitucional, não seria senão mera ficção criada pelo direito. Segundo Blum, é constante a interpenetração entre o Executivo e o Legislativo, situação esta que ocorre sempre e em qualquer circunstância, variando apenas em intensidade²⁸.

Também argumenta Woodrow Wilson que o presidencialismo norte americano acaba sendo limitado e vigiado pelo Congresso americano, por meio de comissões parlamentares de inquérito e pelo foro de debates da Câmara dos Deputados, bem como pelo Senado, o que fez Wilson denominar o presidencialismo americano de “um regime de fundo congressual”, fazendo com que a função legislativa do Congresso americano adquirisse uma importância menor em face das funções de controle e fiscalização²⁹.

Woodrow Wilson, o qual além de cientista político foi também Presidente da República dos Estados Unidos, mencionava que justamente em função da Câmara dos Comuns e do Gabinete o sistema inglês caracterizava-se em uma monarquia limitada, ao passo que o mesmo ocorria com o presidencialismo americano, pois este seria uma democracia limitada em razão do Senado³⁰.

Também a semelhança entre o Primeiro-Ministro inglês e o Presidente americano se faz com base no fato de que são das eleições gerais que brotam ambos os Chefes de Governos e de estes não se perpetuam no poder, tendo seus mandatos período certo no tempo³¹.

Sendo fruto de uma imposição popular, o instrumento de consulta entre o Presidente e o Senado acaba por estabelecer o cerne desta técnica de controle, o qual não foi inicialmente preconizado quer pelo Congresso, quer pelo Executivo. Isto

²⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 154.

²⁸ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 16.

²⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 16.

³⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 16.

³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 154.

porque tais Comissões, mesmo que inicialmente apenas destinadas à elaboração das leis, passaram a exercer um papel de controle e fiscalização por meio de inquéritos públicos dos quais podem emergir sanções, estabelecendo um método de freio para o Poder Executivo americano, mormente quando se trate de assuntos ligados às despesas públicas³².

Reconhece-se a influência britânica parlamentarista nestas comissões de controle e fiscalização, sendo que desde o século XVI o parlamento inglês mantém comissões deste tipo, podendo ser citadas comissões para reclamações e denúncias, para assuntos religiosos, para questões comerciais, comissões relacionadas à justiça e para temas eleitorais. E tais comissões inglesas muito contribuíram para o trabalho do parlamento, pois muito mais ágeis que este, mas sempre subordinadas ao mesmo³³.

O caráter de interligação e interdependência de ambos os sistemas é tamanho, que Maurice Duverger chega a mencionar um “Parlamentarismo majoritário” e um “Semi-presidencialismo”, os quais acabam por girar em torno da maioria em cada legislatura³⁴.

Segundo o pensamento que reconhece a semelhança entre presidencialismo e parlamentarismo, tais sistemas de governo seriam ramos de um mesmo tronco, uma vez que ambos possuem representação democrática e o presidencialismo teria nascido do próprio parlamentarismo, diferindo apenas quanto ao modo de ser de cada sistema³⁵.

No tocantes às diferenças, são apresentados argumentos contrários a esta equiparação. Objeta-se que o Presidente representa o poder executivo propriamente dito, pois não há nos Estados Unidos governo no sentido inglês, uma vez que em realidade há uma administração pública subordinada ao Presidente. Já no sistema inglês o Primeiro-Ministro é membro do Gabinete, o qual consiste em um órgão colegiado, sendo que o Primeiro-Ministro é um integrante do poder legislativo, ou seja, um deputado. Além disso, as decisões políticas no parlamentarismo são

³² VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 16.

³³ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 16-17.

³⁴ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 17.

³⁵ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 17.

tomadas no interior do Gabinete e submetidas ao parlamento, tal fato não ocorre no sistema norte americano³⁶.

Somado a isso, o Presidente norte americano exerce suas funções a favor ou em desfavor da opinião do Congresso americano, pois não depende da maioria neste, ao passo que o Primeiro-Ministro inglês assim não pode agir, pois sua permanência no cargo depende de sua maioria no parlamento. Ainda, os sistemas de controle nos dois países, embora ambos sejam eficientes, diferem em muitos sentidos. O Presidente americano é eleito pelo povo e deste recebe um mandato por um período certo de tempo, ao passo que o Primeiro-Ministro inglês exerce a chefia de um partido político, estando vinculado a este e sob sua dependência, havendo ainda a necessidade de que o Primeiro-Ministro se imponha perante o partido para manter sua posição de protagonismo, pois a todo tempo concorre com os demais integrantes do partido possuidor de maioria na Câmara dos Comuns, podendo ser substituído a qualquer tempo por outro deputado³⁷.

A substituição do Primeiro-Ministro pode se dar a qualquer tempo durante a legislatura para qual foi eleito como deputado. Já tal fato não ocorre com o Presidente americano, o qual possui mandato fixo e por prazo determinado. Na Inglaterra o Primeiro-Ministro pode permanecer no cargo por período indeterminado de tempo, pois caso haja a concordância de seus pares e seu partido possua maioria dentro do parlamento, aquele pode ser sucessivamente escolhido como Primeiro-Ministro. Ao Presidente dos Estados Unidos por sua vez, por melhor que seja sua atuação, apenas é permitida uma reeleição³⁸.

Outra nota de distinção a ser mencionada é relativa aos partidos políticos ingleses e americanos, pois naqueles predomina a forte disciplina partidária e a distinção de suas bases, ao passo que nestes se torna menos consistente a ideologia partidária, além do fato de os partidos serem predominantemente localizados em função dos Estados que fornecem as suas bases, o que permite diferentes maiorias dentro do Congresso americano³⁹.

³⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 154.

³⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 154.

³⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 154-155.

³⁹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 155.

Além disso, o tipo de governo parlamentarista é de *interdependência por integração*, a significar que o Governo e o Parlamento unem-se de forma tal que não podem ser dissociados, fazendo com que um e outro não possam exercer suas funções sem que esteja presente uma grande harmonização de ambas as partes. Diferentemente, o tipo de governo no sistema presidencial é o de *interdependência por coordenação*, pois aqui prevalece a autonomia na atuação dos diversos órgãos que compõem a administração política, os quais mesmo tendo a sua independência trabalham visando um fim comum em regime de colaboração⁴⁰.

É anotada, ainda, uma questão paradoxal em relação aos dois sistemas de governo, pois a força do Executivo se eleva dentro do parlamentarismo, ao passo que no presidencialismo o controle exercido pelo congresso é maior⁴¹.

Disso tudo resultou a denominação utilizada por Woodrow Wilson de “governo congressional” para o regime norte americano presidencialista. Segundo destaca Vamireh Chacon, “Algo, portanto, muito diverso do Caudilhismo latino-americano ou doutras formas de mandonismo personalista da África e Ásia, abusando da irresponsável e suposta inspiração”⁴².

Por todo o aqui exposto, o presidencialismo norte americano, forjado sob influência de ideias extraídas do parlamentarismo, acabou irradiando consequentemente para outros países, ainda que parcialmente no que diz respeito às suas características. Ressalte-se que não se registra que outro país tenha adotado integralmente os preceitos do presidencialismo norte americano. Mesmo assim, podem-se citar países que herdaram elementos do presidencialismo estadunidense como, por exemplo, Canadá, Austrália e Índia ao adotarem o federalismo. Por sua vez, Portugal, Japão e o Brasil adotaram o controle judicial de constitucionalidade. Também pode ser citado o presidencialismo para a França na Constituição de 1948, bem como para as Filipinas e Coreia do Sul. Vale citar também a proliferação do presidencialismo nos países da América Latina, mas nestes salienta-se a sua pouca efetividade⁴³.

2. Anotações Históricas a respeito do Parlamentarismo

⁴⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 155.

⁴¹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 17.

⁴² VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 16.

⁴³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 155-156.

O parlamento, originário da Inglaterra, pôde trilhar sua evolução praticamente sem solução de continuidade até os dias de hoje. Tanto assim é que, do ponto de vista político, a história da Inglaterra confunde-se com a história do parlamento, tendo sido esta afirmativa considerada por historiadores muito acertada, uma vez que todos os acontecimentos políticos mais significativos para o país passam necessariamente pelo parlamento, direta ou indiretamente, elevando o parlamento à categoria de destaque na vida política inglesa⁴⁴.

Tal sistema teve formação muito natural, uma vez que não foi planejado, tampouco previamente foi almejado, não sendo ainda fruto de um movimento político específico⁴⁵.

O parlamento, como o conhecemos hoje, não se formou de forma rápida ou instantânea e a revolução de 1688 não significou a transformação imediata e completa do sistema parlamentar atual. Além da citada revolução, outro fato marcante foi a posição de destaque em que se elevou o Gabinete na metade do século XVIII, considerando que o Gabinete já existia por volta de cem anos antes, caracterizado este pelas personalidades com maior influência oriundas do Conselho Privado, o qual se destinava à discussão dos temas políticos do reino⁴⁶.

Os estudiosos da história inglesa têm anotado que o parlamento possui uma origem bem mais remota do que efetivamente pode ser provado, uma vez que tais historiadores remetem o parlamento às antigas instituições anglo-saxônicas, segundo as quais o governo se resumia a um monarca e em torno do qual situavam-se um pequeno conselho denominado de “comitatus” e junto a este uma assembleia popular denominada de “witenagemote”, tendo esta amplos poderes⁴⁷.

No entanto, com a ocorrência da invasão Normanda houve o desaparecimento destas instituições anglo-saxônicas. Para o parlamento, mais do que as instituições políticas, foram as instituições locais anglo-saxônicas consideradas a causa da sua sólida organização e que possibilitaram que o

⁴⁴ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 9-10.

⁴⁵ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

⁴⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 133.

⁴⁷ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 10.

parlamento permanecesse quase imutável, construindo então a base inicial para os ordenamentos vindouros⁴⁸.

Já na Europa medieval eclodiram diversas rebeliões dos senhores feudais contrários à posição despótica daqueles que, por terem maior força, assumiam unilateralmente a posição de rei. Não obstante tais rebeliões ocorrerem pela Europa, apenas na Inglaterra tais insurgências criaram raízes duradouras⁴⁹.

Desde o século XIII já se registrava o “parlamentum” ou “colloquium”. Decorrente daí surgiu o “parlement” dos monarcas feudais, tendo sido subdividido na Inglaterra normanda em “magnum concilium” (Conselho de Nobres) e “curia regis” (Conselho do Rei, o qual se destinava como instância final de apelação das sentenças judiciais)⁵⁰.

Considerado pelos senhores feudais como tirano, o rei João Sem Terra sofreu uma rebelião promovida por aqueles em Runnymede em 1215, resultando daí a “magna carta libertatum” praticamente inaugurando as limitações medievais formais dirigidas ao rei, quebrando o absolutismo do monarca⁵¹.

Não obstante, também se afirma que seus contornos já começam a ser delineados no século XIII diante de uma rebelião dos barões e do clero contra o rei, momento em que começa a ganhar forma o parlamento. Em 1265 o francês Simon de Montfort, oriundo da nobreza e neto de inglesa, o qual mantinha grande amizade com os barões e os eclesiásticos, findou por comandar um levante contra o rei Henrique III, organizando uma reunião que foi indicada por muitos como a verdadeira criação do parlamento⁵².

Isto porque esta reunião foi transformada por Simon de Montfort em uma assembléia política, uma vez que reuniu em seu seio pessoas em igualdade de condições sociais, econômicas e políticas. A partir desta reunião e de sua conotação política, criou-se o costume de cidadãos, burgueses e cavaleiros (estes integrantes da nobreza, mas que não possuíam paridade com os integrantes do reino) reunirem-se periodicamente, costume este que permaneceu inalterado mesmo após a morte de Simon de Montfort em 1265. A partir de 1295, tais encontros foram transformados

⁴⁸ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 10.

⁴⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 11.

⁵⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 11.

⁵¹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 11.

⁵² DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

em reuniões oficiais pelo rei Eduardo I, saindo desse modo o parlamento da informalidade, sendo confirmado seu surgimento diante de seu caráter oficial⁵³.

Mas, mesmo antes de 1265, já era notado que em 1213 eram realizadas reuniões convocadas pelo próprio rei João Sem Terra com cavaleiros dos respectivos condados para conversarem sobre assuntos relativos ao reino⁵⁴.

Com a chegada do absolutismo o parlamento que vinha de uma evolução em que adquiriu grande prestígio, começa a sofrer os impactos do regime absolutista, ocasionando redução de sua capacidade de interferir nas decisões do Rei, acarretando uma diminuição na evolução do parlamento⁵⁵.

Não obstante, embora tenha havido uma redução na atividade e influência do parlamento, este continuou seu processo de formação, pois durante o período do absolutismo, a partir de 1332, inicia-se a criação das duas câmaras começando assim a dupla representatividade do parlamento⁵⁶.

As reuniões que aconteciam com o rei continuaram, mas ocorreram pequenas alterações na composição das mesmas. Agora o clero não participava mais das reuniões, bem como os burgueses, cavaleiros e cidadãos passaram a ser reconhecidos pelo nome de “commoners”, ao passo que os integrantes da nobreza, que eram os barões, também prosseguiram com as reuniões. Diante dessa denominação, perante a qual aqueles integrantes que não pertenciam a nobreza eram denominados de “comuns”, estes passaram a constituir a sua própria assembléia não mais tendo esta a participação dos barões⁵⁷.

Sem embargo, muito embora o surgimento do parlamento e sua evolução, o parlamentarismo ainda não existia e este sistema de governo começou a dar sinais de concretização a partir do século XVIII em virtude de diversos conflitos religiosos, políticos e familiares⁵⁸.

⁵³ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

⁵⁴ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

⁵⁵ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

⁵⁶ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

⁵⁷ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

⁵⁸ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

Estabeleceu-se com os “tories”, os quais eram compostos pelos nobres rurais e os conservadores anglicanos, bem como pelos “whigs”, estes caracterizados pelos defensores dos protestantes não conformistas e da supremacia do parlamento, os quais disputavam o poder político, o bipartidarismo⁵⁹.

Posteriormente a isso prossegue a senda democratizadora inglesa, pois oriundo do clamor popular, e mesmo contra a vontade do rei, surgiu a “petition of right”, a qual baseara-se nos princípios fundamentais da “magna carta” de 1628, tendo inclusive em 1679 surgido o “habeas corpus act” trazendo mais uma limitação aos poderes do rei⁶⁰.

Com a deposição do rei Jaime II, católico, resultante da revolução inglesa que teve os anos de 1688 e 1689 como o seu auge, assumiram o trono os protestantes Guilherme de Orange e Maria, não obstante esta ser filha de Jaime II⁶¹.

O ano de 1688 foi marcante para o parlamentarismo, pois desde então o parlamento assume posição de protagonista, passando a exercer a maior força política dentro do reino, chegando ao ponto de interferir e modificar a linha sucessória, acarretando a exclusão dos potenciais sucessores católicos do ramo dos Stuarts⁶².

O parlamento, agora já como sistema parlamentarista, continuou avançando e durante o reinado de Guilherme de Orange e Maria foi instituído um Conselho de Gabinete, convocado pelo rei, composto por conselheiros privados e destinado a auxiliar em assuntos de relações exteriores. Tal convocação teve continuidade com a rainha Ana, sucessora de Guilherme de Orange e Maria, transformando a convocação do Gabinete em um costume, fazendo assim nascer o Gabinete dentro das funções do parlamento⁶³.

Em agosto de 1714, com a morte da rainha Ana, o príncipe alemão Jorge foi coroado como Jorge I assumindo o trono inglês. Jorge I não conhecia a realidade inglesa e tampouco seus problemas, inclusive demonstrando grande desinteresse

⁵⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 12.

⁶⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 12.

⁶¹ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

⁶² DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

⁶³ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

pelas coisas da Inglaterra, situação esta que também ocorreu com seu sucessor Jorge II⁶⁴.

Como Jorge I e Jorge II não falavam inglês, estes mantinham a sua comunicação com o parlamento por meio do latim, particularidade esta que acarretou consequência significativa, pois o Gabinete passou a tomar decisões à revelia do rei, posto que este não falava a língua inglesa e não se interessava pelos problemas da Inglaterra, tornando-se indiferente à atuação do Gabinete. Com as decisões sendo tomadas sem a presença do rei, dentro do Gabinete começou a surgir a figura de um ministro que se destacava dos demais, expondo e defendendo suas opiniões, fazendo com que este ministro assumisse posição de liderança dentro do Gabinete. Tal ministro se chamava Robert Walpole e a sua proeminência diante dos demais acarretou-lhe a designação, a princípio ironicamente, de Primeiro-Ministro, sendo esta designação posteriormente tornada oficial⁶⁵.

A atuação de Robert Walpole foi decisiva para a diminuição da participação do rei e de sua autoridade na condução da Inglaterra, a qual estava politicamente sendo dirigida pelo parlamento. Assim, caracterizar-se-ia um elemento crucial para o parlamentarismo, qual seja, a separação da função de Chefe de Estado e de Chefe de Governo, pois as mesmas deixaram de ser exercidas apenas pelo monarca, ficando o parlamento com a chefia do governo⁶⁶.

Com o estabelecimento de tal situação, passou a coroa a subordinar-se ao parlamento, fazendo com que o rei Jorge III adotasse o expediente de escolher o Primeiro-Ministro, a fim de controlá-lo, nomeando para tal Lord North em 1770, ficando este encarregado de estabelecer a política do Estado. No entanto, para a Câmara dos Comuns foi eleito em 1757 John Wilkes, pessoa de grande prestígio frente à população mais carente e tido como agitador político⁶⁷.

Com sua chegada à Câmara dos Comuns, John Wilkes posicionou-se ostensivamente contra o rei. Tal fato acarretou contra Wilkes a acusação de sedição, culminando com a sua expulsão da Câmara dos Comuns, uma vez que esta aprovou

⁶⁴ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

⁶⁵ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

⁶⁶ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196.

⁶⁷ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 196-197.

contra ele um libelo acusatório. Após seu refúgio na França, uma vez tendo retornado à Inglaterra, sofreu um processo com a aplicação de uma pena considerada leve⁶⁸.

Em 1774 Wilkes foi reeleito para a Câmara dos Comuns, o que gerou conflito entre a Câmara dos Comuns e o próprio monarca, pois este questionava a legitimidade de tal eleição, fazendo com que a Câmara dos Comuns reagisse para impor sua independência e, em face disso, esta nomeou Wilkes como “Lord Mayor” de Londres, cargo que equivale ao de prefeito⁶⁹.

Para agravar a crise entre a Câmara dos Comuns, John Wilkes e o rei, dois anos após a nomeação de Wilkes como prefeito de Londres foi deflagrada a independência das colônias americanas, movimento de independência com o apoio de Wilkes, um de seus defensores. O processo de independência das citadas colônias abriu ensejo para que Wilkes fizesse intensos ataques ao rei e aos seus conselheiros políticos, com a acusação de que esses eram incapazes de bem gerir a política do Estado⁷⁰.

Com isso, diante da intensa pressão, e tendo a resistência do rei não surtido efeito, em 1782 ocorre a demissão de Lord North tendo como consequência a concordância por parte do rei diante do pleito da Câmara dos Comuns de que esta deveria concordar com a escolha do Primeiro-Ministro. Assim, estava caracterizado mais um elemento do parlamentarismo, ou seja, a prevalência da representação popular⁷¹.

Dessa forma, Robert Walpole exerceria as funções de Primeiro-Ministro como governante de 1714 a 1786, tendo tal fato caracterizado-se como o exercício mais longo de um Primeiro-Ministro dentro do parlamento inglês. Com sua saída, apenas os integrantes do parlamento podiam exercer a função de Primeiro-Ministro e com a condição de que a confiança de seus pares fosse mantida, confiança esta que se expressava por meio de votações, as quais ocorriam sempre que solicitadas e de forma sucessiva⁷².

⁶⁸ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁶⁹ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁷⁰ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁷¹ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁷² VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 12.

Com todos esses fatos continua o processo de aprimoramento do parlamentarismo, pois o parlamento estava agora muito mais forte e passou a adotar como postura a pressão para que os ministros que não estivessem de acordo com a política adotada pelo parlamento se demitissem. No início deste processo o instituto empregado era o “impeachment”, o qual possuía natureza penal, com o fim de derrubar os ministros contrários ao parlamento⁷³.

Com a acusação de um crime perante a Câmara dos Comuns, esta reconhecia que o ministro era culpado condenando-o ao afastamento e a aplicação de penalidade. Com o tempo, constatou-se que era mais adequado e útil que o ministro saísse do cargo assim que o parlamento manifestasse seu descontentamento, a fim de abreviar o processo e evitar a imposição de penalidade, uma vez que tais consequências eram inevitáveis⁷⁴.

Assim, transforma-se a responsabilidade penal do ministro em responsabilidade política⁷⁵ com a demissão obrigatória do Gabinete toda vez que esse receber um voto de desconfiança⁷⁶.

Considerada como um dos fatores determinantes para o desenvolvimento do parlamentarismo, a “revolução por excelência”, assim considerada por muitos historiadores, consistiu no chamado “Reform Bill” de 1832. Foi assim considerada, pois, não obstante ter sido reconhecida como uma reforma, foi em realidade, no tocante aos seus efeitos, uma verdadeira revolução. Tratava-se do reflexo na Inglaterra das revoluções ocorridas no continente europeu em 1830, podendo ser citada a deposição de Carlos X, considerado despótico, bem como a ascensão na França do pacato Luís Felipe⁷⁷.

Outro fato marcante na história do parlamento é que a reação desencadeada pela Câmara dos Lordes antecipou o contra-ataque do povo em relação ao monarca, o que acarretou a transferência do centro do poder para a

⁷³ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁷⁴ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁷⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 133.

⁷⁶ DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 197.

⁷⁷ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 12-13.

Câmara dos Comuns, com a consequente submissão da Câmara dos Lordes e o alijamento do rei a uma posição praticamente figurativa na política do Estado⁷⁸.

Como já expressou John W. Burgess, a Câmara dos Comuns com a sua elevação e posição dominante em relação à Câmara dos Lordes e ao próprio rei, aquela transformou suas atividades, as quais passaram a se manifestar em duas vertentes. Na primeira, constituiu-se a Câmara dos Comuns em um ramo do poder legislativo inglês. Na segunda, esta erigiu-se no órgão supremo da nação inglesa, colocando-se acima de Reis e Lordes e exercendo sua ascendência inclusive sobre o reino de um modo geral⁷⁹.

Pelo que se pode perceber, o parlamento se encontra sempre vinculado à questão da representação política. Dessa forma, somente haverá parlamento na hipótese em que seus integrantes sejam selecionados por meio de eleição direta. Tal fato especifica a contraposição do parlamento em relação às assembleias estamentais do Antigo Regime francês (Cortes, Estados Gerais, Dieta etc.)⁸⁰.

Mesmo no momento contemporâneo, constata-se a influencia do modelo parlamentarista na Europa, pois o seu caráter representativo somado à condição de que haja eleições diretas de seus membros é a nota distintiva entre o Parlamento Europeu, caracterizado pela representatividade dos povos dos Estados integrantes das Comunidades e da União Européia, em relação às Assembleias próprias de Organizações Internacionais, pois que estas, não obstante terem regramento de funcionamento semelhante aos parlamentos, são órgãos colegiados compostos por representantes diplomáticos, ausente assim nestes a representação do povo e a eleição direta⁸¹.

Por toda a breve síntese histórica do parlamentarismo aqui mencionada, nota-se que este constituiu-se como fruto da longa e paulatina evolução do povo inglês, sendo que tal sistema de governo, chamado “regime de tipo inglês” por Maurice Duverger, é considerado o berço do sistema representativo de governo e um dos grandes modelos de governo do século XX⁸².

⁷⁸ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 13.

⁷⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 13.

⁸⁰ JORGE MIRANDA, *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 202.

⁸¹ JORGE MIRANDA, *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 202.

⁸² DALMO DE ABREU DALLARI, *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 195.

3. Breve Panorama do Parlamentarismo no Direito Comparado

Nota Introdutória

Nesta breve visão comparada do parlamentarismo, esta dissertação limitar-se-á a fazer uma sucinta exposição de suas características dentro dos sistemas constitucionais aqui mencionados que adotaram elementos oriundos do parlamentarismo, total ou parcialmente. Isto porque, dentro da delimitação do objeto desta dissertação, as análises comparativas ocorrerão, mas não sobre os sistemas de governo de cada país, mas, sim, sobre os atos parlamentares internos não escritos, os quais serão analisados nas respectivas Partes II e III, com ênfase nesta última.

Dessa forma, a presente visão comparada tem como finalidade traçar resumido panorama para melhor compreensão do contexto dos parlamentos citados nesta dissertação, pois a atividade destes, notadamente a não escrita, tanto nos pontos convergentes como nos discordantes, tem relação direta com a origem inglesa.

3.1 Portugal

Com a Constituição Portuguesa de 1976, a qual foi fruto da Revolução de 25 de abril de 1974, instituiu no país um regime em que adota elementos do parlamentarismo, mas que é classificado como Semipresidencial. Tal Constituição foi elaborada para um novo país que saia de um regime ditatorial e retornava à democracia. Diante disso houve cuidado de se buscar elementos na constituição que preservassem o país das experiências indesejadas do passado e das expectativas almejadas pela nação em relação ao futuro⁸³.

Tal contexto contribuiu para que existisse na elaboração da Constituição a cautela de se evitar o que não funcionou no parlamentarismo de assembleia da Constituição de 1911, bem como se resguardar da centralização de poder oriunda da Constituição de 1933. Jorge Miranda destaca que o ponto considerado mais sensível da nova formatação do país relacionava-se com três questões

⁸³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 335; 371.

fundamentais ligadas ao Presidente da República, ou seja, qual a posição do Presidente da República dentro do governo, as competências presidenciais e a maneira como se daria a eleição do Presidente⁸⁴.

Para o Constituinte Português, queria-se evitar a criação de um Presidente que não detivesse poder efetivo passando a ser uma figura apenas simbólica. Por outro, lado também foi pensado em resguardar-se de um Presidente extremamente forte que tivesse um poder autoritário. Também uma terceira opção não era desejada, qual seja, um Presidente Chefe do Poder Executivo como ocorria segundo a tradição Portuguesa⁸⁵.

As opções acabaram por reduzir-se a um Presidente arbitral aparelhado para que pudesse exercer uma intervenção efetiva dentro de um ambiente de parlamentarismo racionalizado, bem como a outra opção seria um Presidente dotado de força e exercendo o papel de regulador do sistema político em sistema do tipo Semipresidencial. A opção do Constituinte Português recaiu sobre esta última e Portugal adotou o sistema de governo Semipresidencial levado pela necessidade de se estabelecer um equilíbrio diante de outro órgão de soberania que permaneceria dentro do Estado Português por alguns anos, qual seja, o Conselho da Revolução⁸⁶.

Mas não só essa razão guiou a elaboração da Constituição Portuguesa de 1976, pois também estava presente um lapso temporal de cinquenta anos sem um parlamento democrático neste país, somado ao fato de que havia sido preestabelecido um modelo que mesclava o Presidente da República, o Governo e o Conselho de Estado, o qual exerceria o papel destinado à assembleia. Quanto ao modo de eleição do Presidente foi consagrada uma antiga reivindicação de que a eleição deste seria por meio do sufrágio universal, pois entendeu-se que somente assim o Presidente teria legitimidade bastante para presidir o Conselho da Revolução e, na hipótese de necessidade, impor-se mesmo dentro deste Conselho⁸⁷.

⁸⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371.

⁸⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371.

⁸⁶ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371.

⁸⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 371-372.

Em brevíssima síntese, como ensina Jorge Miranda, são transcritos alguns elementos essenciais da configuração do sistema constitucional Português⁸⁸:

a) *Existência de quatro órgãos políticos de soberania – Presidente da República, Conselho da Revolução, Assembleia da República e Governo (art. 113.º);*

b) *Atribuição ao Presidente da República, também presidente do Conselho da Revolução, sobretudo de poderes relativos à constituição e ao funcionamento de outros órgãos do Estado e das regiões autónomas, do poder de promulgação e veto e do poder de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (arts. 136.º e 137.º);*

c) *Condicionamento dos principais atos do Presidente da República pelo Conselho da Revolução (arts. 145.º e 147.º);*

d) *Sujeição a referenda ministerial apenas de certos atos do Presidente da República (art. 141.º);*

e) *Atribuição à Assembleia da República, parlamento unicameral (arts. 150.º e segs.), sobretudo do primado da função legislativa (arts. 164.º, 167.º, 168.º e 172.º) e de funções de fiscalização do Governo e da Administração pública (art. 165.º);*

f) *Consideração do Governo como o órgão de condução da política geral do país (art. 185.º), sendo o Conselho de Ministros presidido pelo Presidente da República apenas a solicitação do Primeiro-Ministro [art. 136.º, alínea h)];*

g) *Eleição direta do Presidente da República (art. 124.º), com candidatos propostos por grupos de cidadãos (art. 127.º) e em data nunca coincidente com a da eleição dos Deputados (art. 128.º);*

h) *Exigência de maioria absoluta para a eleição do Presidente da República (art. 129.º);*

i) *Eleição dos Deputados à Assembleia da República segundo o sistema proporcional e o método de Hondt (art. 155.º) e com candidaturas reservadas aos partidos (art. 154.º);*

j) *Duração diferenciada do mandato presidencial – cinco (art. 131.º) – e da legislatura – quatro anos (art. 174.º) – e inelegibilidade do Presidente para terceiro mandato consecutivo e durante o quinquênio subsequente a segundo mandato consecutivo (art. 126.º);*

⁸⁸ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 372-374.

l) Incompatibilidade das funções de Deputado e de membro do Governo (art. 157.º);

m) Sujeição da Assembleia da República a dissolução pelo Presidente da República, verificados certos requisitos, designadamente parecer favorável do Conselho da Revolução [arts. 136.º, alínea e), e 175.º];

n) Formação do Governo por ato do Presidente da República “tendo em conta os resultados eleitorais” (art. 190.º), seguido da apreciação do seu programa pela Assembleia da República (art. 195.º);

o) Responsabilidade política do Governo perante ambos os órgãos (art. 193.º a 198.º);

p) Proibição de dissolução da Assembleia da República por efeito de rejeição do Governo, salvo no caso de três rejeições consecutivas (art. 198.º, n.º 2) e, em contrapartida, dissolução obrigatória quando a Assembleia haja recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando por qualquer destes motivos a terceira substituição do Governo (art. 198.º, n.º 3).

Como já mencionado na *Nota Introdutória* desta breve visão comparada, quanto ao sistema constitucional Português, limitou-se esta dissertação a fazer breve exposição de suas características dentro dos demais sistemas constitucionais que adotaram elementos oriundos do parlamentarismo, total ou parcialmente, pois o objeto das análises comparativas desta dissertação não repousa sobre os sistemas de governo de cada país, mas sim sobre os atos parlamentares internos não escritos, os quais serão analisados nas respectivas Partes II e III, com ênfase nesta última.

3.2 França

O sistema constitucional francês e sua evolução são bastante ricos e comportam inclusive diversos momentos históricos. Razão pela qual, considerando que esta dissertação se limita, em síntese, ao parlamento e seus atos internos não escritos, neste tópico que trata do sistema constitucional francês dentro de uma perspectiva de direito comparado serão considerados apenas os aspectos relativos ao parlamentarismo francês e à configuração atual do sistema de governo francês, ambos expostos de forma sucinta.

Dessa forma, não serão tratadas da vasta questão histórica francesa e da irradiação da sua influência pelo mundo.

Assim, o parlamentarismo francês, surgido também por influência do parlamentarismo inglês, nasce na França não da evolução natural da sociedade e das reivindicações dos súditos perante o rei, não obstante também tenha como fator de surgimento o fato do rei francês ter pouco a pouco cedido e conferido limitações ao próprio poder como ocorreu na Inglaterra. Surge tal sistema na França quando da “restauração” e começa a desenhar-se mais nitidamente durante o período de Luís Felipe, culminando por adquirir contornos bem característicos a partir de 1875⁸⁹.

Exercendo o seu papel durante as III e IV Repúblicas, o parlamentarismo francês apresentava algumas características, tais como a existência de duas casas legislativas, a falta de uma consolidada maioria parlamentar, a qual era fruto da diversidade partidária na França, bem como, justamente por isso, da necessidade de coligações entre os partidos para se atingir esta maioria necessária. Além disso, em decorrência da natural instabilidade das coligações, surgia a impossibilidade de governos de longa duração. No parlamentarismo francês havia Chefe de Estado representado no monarca e que exercia a titularidade do poder executivo. Somado a isso, pode-se acrescentar que relativamente ao poder de dissolução do parlamento pelo Chefe de Estado ou pelo governo, o exercício de tal poder afigurava-se muito diminuto ou mesmo inexistente⁹⁰.

Apenas a título de comparação e de forma sintética, pode-se fazer a seguinte distinção comparativa dos regimes inglês e francês de governo. No parlamentarismo inglês vige a regra de que não se admite a criação do governo com base em uma minoria parlamentar, acarretando a dissolução do parlamento e novas eleições gerais caso este governo baseado em uma minoria seja a única opção no momento. Já no parlamentarismo francês pode ocorrer que a atual maioria formada por meio das coligações possa alterar-se e inclusive desaparecer em face das saídas da respectiva coligação e a entrada de novos partidos, ou ser realizada uma coligação completamente nova, o que acarreta a dissolução do governo, mas nesse

⁸⁹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 167-168.

⁹⁰ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 168.

caso não há a dissolução do parlamento e a convocação de eleições gerais, mas apenas a mudança de governo baseada na nova maioria⁹¹.

Posteriormente com a implantação da V República, a constituição de 1958 estava originalmente prevista para controlar melhor o parlamentarismo oriundo das repúblicas anteriores. Permaneceu o sistema de governo parlamentarista, mas agora tendo sido criado um árbitro que seria o responsável por garantir o fiel cumprimento da constituição, dos poderes públicos e pela continuidade do Estado, sendo este árbitro o Presidente da República. No entanto, o projeto constitucional derivou em uma marcante atuação do Presidente, pois a este foi conferido muitos poderes e assim colocou-se o Presidente em pé de igualdade com o parlamento e o governo, razão pela qual, na prática, tratava-se de um governo semipresidencialista⁹².

Mesmo assim, por uma nova transformação passaria o sistema francês com a eleição do Presidente General De Gaulle e também com a implantação de uma mudança na forma de eleição do Presidente, passando este a ser eleito por sufrágio universal ao invés da antiga fórmula da eleição por um colégio restrito, mudança esta efetivada por meio da revisão constitucional de 1962. Como consequência, os já amplos poderes do Presidente ganharam uma dimensão muito maior, pois com a nova forma de eleição este adquiriu uma legitimidade popular muito maior, o que lhe conferia também um poder político muito maior, transformando novamente o sistema francês para colocar o Presidente da República em posição de predominância em relação ao parlamento⁹³.

3.3 Canadá

O Canadá também recebeu a influência parlamentarista inglesa e face à sua dupla colonização (inglesa e francesa) teve que se adaptar à mesma. Diante da peculiar situação canadense de coexistência de culturas diversas foi editado pela Grã-Bretanha em 1867 o “British North America Act” buscando conciliar esta diversidade cultural. Previa o citado “Act” estabelecer a união entre os territórios do

⁹¹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 168.

⁹² JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 169-170.

⁹³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 170.

oeste, de Nova Scotia e de New Brunswick, bem como os territórios de Ontário (ou “Canada West”), de Quebec (ou “Canada East”), ambos compondo a antiga província do Canadá. Era previsto nesta lei que somente por meio do parlamento inglês seriam admitidas revisões ao seu texto⁹⁴.

Posteriormente o natural movimento de independência para o Canadá ganhou força e em face disso foi editado o “British North America Act” em 1949, o qual reconheceu a independência do Canadá retroativamente a partir de 1931. Segundo Vamireh Chacon, algumas questões permanecem conflituosas no sistema canadense, porquanto o Senado localizado em Ottawa tem dificuldade de contrabalançar a representação proporcional das províncias, vez que estas se encontram em constante tensão, pois não reconhecem a autoridade do Senado canadense como órgão central do poder, mas, sim, como órgão centralizador⁹⁵.

Segundo o mesmo Autor o judiciário canadense também não se isentou de problemas, pois da mesma forma emergiram dificuldades de harmonização de um judiciário autônomo, não obstante subordinado ao legislativo em similitude às raízes britânicas, uma vez que se digladiam o direito consuetudinário inglês e o direito escrito francês. Diante desses paradoxos internos o Canadá inclusive foi chamado de “República monárquica”, mas acredita-se que foi justamente o sistema parlamentarista que tem possibilitado a conjugação de elementos tão diversos, pois muitas questões conflituosas acabam sendo resolvidas politicamente⁹⁶.

3.4 Austrália

A Austrália como colônia inglesa necessariamente recebeu também a influência britânica em seu sistema de governo, mas adotou um modelo diferente do inglês, uma vez que foi criada uma federação e uma separação de poderes mais detalhada. As colônias australianas alcançaram autonomia após a autorização dada pela Grã-Bretanha em 1850 por meio do “Australian Colonies Government Act”. Inclusive, por serem várias colônias que adquiriram autonomia, naturais conflitos

⁹⁴ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 51.

⁹⁵ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 51.

⁹⁶ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 51.

começaram a surgir entre elas inclusive jurídicos, os quais foram solucionados por meio do “Colonial Laws Validity Act” de 1865, o qual foi aceito “de pleno direito”⁹⁷.

Posteriormente, houve a confederação das colônias australianas, de forma semelhante ao que ocorreu com as colônias estadunidenses, mas na Austrália manteve-se com a Inglaterra ainda uma ligação ao menos simbólica, bem como o parlamentarismo foi o sistema adotado. “Legislative Assemblies” começaram a surgir nas colônias, as quais eram interligadas a uma Câmara Alta nomeada pelo Governador local. Dentro desta dinâmica surgiram lideranças desde o início da luta pela autonomia, fazendo com que se destacassem duas figuras deste período australiano, o inglês Henry Parkes e o galês Samuel Walker Griffith, sendo aquele no campo político e este no jurídico, o que culminou no fato de que Parkes foi nomeado posteriormente Primeiro-Ministro e Griffith Presidente da Corte Suprema australiana (“High Court”)⁹⁸.

Os ideais de independência australianos vingaram e após um plebiscito que aprovou a constituição australiana de 1900, houve a proclamação da independência pela rainha Vitória no ano de 1911. Esta primeira constituição foi fruto da primeira convenção nacional realizada em Sydney em 1891 e da segunda em 1897 em Adelaide. Do recém criado país e de sua novel constituição surgiram nitidamente divididos os três poderes constitucionais⁹⁹.

O parlamento seguiu o modelo da bicameralidade estatuinto duas casas legislativas, onde a primeira foi nominada de Câmara dos Deputados e a segunda de Senado. Quanto à nomenclatura das Casas, as duas receberam a mesma nomenclatura dos Estados Unidos, o qual não é um país parlamentarista, recebendo ambas respectivamente os nomes de “House of Representatives” e “Senate”. Os deputados australianos receberam da constituição um mandato de três anos e os senadores de seis anos, bem como a Câmara dos Deputados foi configurada para ser composta por cento e vinte membros ao passo que no Senado foram sessenta integrantes (arts. 7 e 28), o que mostra a proporção de dois para um em relação à Câmara Baixa e a Câmara Alta australianas, tanto no tempo do mandato como na

⁹⁷ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52.

⁹⁸ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52.

⁹⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52.

quantidade de seus membros. Neste particular, respectivamente à proporção quanto ao número de integrantes, a Índia seguiu fórmula semelhante¹⁰⁰.

Como exemplo da atuação do parlamento australiano, a Câmara dos Deputados tem ascendência nas questões relativas às despesas públicas e tributação, ao passo que o Senado possui atividade mais restrita nestas questões, limitando-se a expedir sugestões ou rejeições e na eventualidade de conflito entre as casas as questões podem ser resolvidas diretamente pelos próprios eleitores (arts. 53 e 128)¹⁰¹.

O Poder Executivo australiano, em face da particularidade da Austrália integrar a “Commonwealth”, é exercido pela rainha da Grã-Bretanha, a qual é representada por um Governador-Geral. Como umas das consequências da colonização britânica, não é previsto expressamente na constituição a figura do Primeiro-Ministro australiano, não obstante este exista desde o início da independência do país e desde então exercendo o respectivo governo. Ausente também disposição expressa constitucional relativa ao voto de desconfiança parlamentar. Ainda, depende da aprovação do parlamento todas as leis australianas (arts. 61, 64 e 51). Aqui pode-se notar que na Austrália a influência inglesa não se limitou ao sistema de governo parlamentarista, mas como se pode constatar é nítida a influência do direito consuetudinário britânico¹⁰².

Quanto ao terceiro poder de Estado, o poder judicial, este tem a sua composição estabelecida pelo Conselho Executivo Federal (“Federal Executive Council”), conforme prevê o art. 62. Este Conselho é, em realidade, o Gabinete do modelo parlamentarista e é composto pelos ministros. Aos magistrados australianos é vedada a demissão, inclusive por tempo de serviço, bem como estes não podem ser removidos compulsoriamente (art. 72)¹⁰³.

Considerado um sistema misto, a configuração australiana de governo tem sua base também em dois partidos, à maneira da Inglaterra. Um partido é o trabalhista e o outro acaba constituindo-se pelos representantes dos diversos interesses que compõem as forças políticas australianas, especialmente o grupo chamado de protecionistas e dos livre-cambistas. O bipartidarismo australiano começou a delinear-se a partir de 1910 por meio de fusões partidárias culminando

¹⁰⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52.

¹⁰¹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52.

¹⁰² VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52.

¹⁰³ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 52-53.

na polarização política, facilitado pela adoção do voto preferencial dos eleitores, os quais não estão vinculados às legendas. Tal como a Inglaterra, o partido trabalhista australiano é chamado de “Labour Party”, tendo este partido muita força em face da frequente pouca união dos interesses contrários¹⁰⁴.

As decisões acabam, em face da forma federativa da Austrália, descentralizando-se também em função da diversidade dentro do país, o que resulta também na dispersão das pressões e tensões políticas facilitando a dinâmica do governo neste país, governabilidade esta que foi resumida na expressão de um crítico australiano: “homens conservadores e medidas liberais” (“I understand: Tory men and Liberal measures”)¹⁰⁵.

3.5 Índia

Com sua independência no ano de 1947 foi em seguida instituída uma assembleia constituinte para a criação da constituição Índia, onde foi estabelecido um sistema próprio de parlamentarismo, não idêntico, mas também necessariamente baseado no modelo britânico, onde está presente a separação dos poderes, sendo que, contudo, com a presença do federalismo¹⁰⁶.

O Presidente é escolhido pelo parlamento com mandato de cinco anos. O parlamento também é bicameral, constituído pela Câmara Baixa ou Câmara do Povo, a qual é composta pelo voto proporcional dos Estados indianos com a particularidade de que na Índia é previsto o voto para os analfabetos. Quanto à Câmara Alta ou Conselho dos Estados, esta recebe destes seus membros por meio de escolha indireta realizada pelos órgãos legislativos dos respectivos Estados¹⁰⁷.

Outra característica particular da Índia quanto ao parlamento é que o Presidente da República possui a prerrogativa de escolher dentro da área das Artes, Letras, Científica e do Serviço Social doze pessoas para comporem a Câmara Alta, a qual é composta por duzentos e cinquenta representantes. Trata-se de nomeação que prestigia o destaque profissional e não necessariamente a representação política. Já no que diz respeito à Câmara Baixa, esta é composta de quinhentos representantes, ou seja, o dobro da Câmara Alta, com o intuito de buscar um

¹⁰⁴ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 53.

¹⁰⁵ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 53.

¹⁰⁶ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 53.

¹⁰⁷ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 53-54.

equilíbrio de representatividade e nas forças políticas, o que em certa medida se aproxima do modelo adotado na Austrália¹⁰⁸.

Outra particularidade indiana é que o Presidente indica os Governadores estaduais, aos quais, por sua vez cabe a escolha de um Primeiro-Ministro das províncias, possuindo este responsabilidade perante o Governador e a respectiva Assembleia Legislativa daquele Estado. Quanto ao poder judicial, suas cortes de cúpula têm seus membros escolhidos pelo Presidente da República, mas os juízes mantêm suas garantias¹⁰⁹.

Na Índia, a constituição confere poderes especiais ao Presidente da República, tais como o poder de decretar os estados emergenciais por até dois meses e passando este período depender da aprovação do parlamento. Mas os poderes presidenciais nos casos de regime de emergência são bem limitados pelo parlamento, pois não pode haver a suspensão da atuação do poder judiciário pelo Presidente¹¹⁰.

A configuração estatal indiana é derivada da Inglaterra, a qual foi estabelecida pouco a pouco por meio de etapas, da mesma forma que se deu com as outras colônias inglesas. Inicialmente, por meio do “Regulating Act” foram impostos os costumes e leis ingleses. Posteriormente, houve a unificação dos governos de Madras e Bombaim (Mumbai) passando ambos para o controle de um Governador geral em Calcutá, sendo esta etapa estabelecida por meio do “Charter Act” de 1833. Já em 20 de agosto de 1917 foi emitida a declaração, a qual foi posteriormente substituída pelo “Montagu-Chelmsford-Report”, também de 1917, com a finalidade de propiciar “gradual desenvolvimento de instituições auto-governáveis, com vistas à progressiva realização de um Governo responsável na Índia”¹¹¹.

Como etapa seguinte é emitido o “Government of India Act” em 1919 por meio do qual é autorizado o federalismo na Índia, mas submetido este a um Governador-Geral britânico. Após isso, a Índia foi buscando as soluções institucionais de seu país o que culminou com a sua independência face à Inglaterra¹¹².

¹⁰⁸ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 54.

¹⁰⁹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 54.

¹¹⁰ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 53.

¹¹¹ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 54.

¹¹² VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 54.

3.6 Japão

O Japão, com sua primeira constituição nipônica de 1889, denominada de “Meiji”, consagrou a centralização do poder na pessoa do Imperador, tendo este governado por meio de prepostos, os quais eram dominados pela classe dos burocratas e dos militares, possuindo a Dieta apenas um papel de observadora, sem participação efetiva¹¹³.

Com a segunda grande guerra mundial, da qual o Japão saiu derrotado, os vencedores lhe impuseram uma constituição de caráter parlamentar. Esta foi uma tentativa de se implantar no Japão o parlamentarismo clássico, uma vez que os Estados Unidos, após triunfar diante do Japão, entendeu que deveria ser este o regime inclusive para se desfazer ou mitigar o imperialismo japonês. O fim da ocupação americana no Japão refletiu diretamente nos dois maiores partidos de então, ocasionando o fracionamento destes em 1952. Tais partidos, o socialista e o conservador, posteriormente foram reagrupados agora sob novas siglas, mesmo em face da saída de alguns dissidentes. A partir daí começa a emergir o Partido Liberal Democrático no Japão, o qual ocupou posição de predominância, o que não significou a anulação do Partido Socialista, uma vez que este, embora não dominante, estava bem próximo do Liberal¹¹⁴.

No parlamento japonês, como é a regra, o Gabinete (art. 65) liderado pelo Primeiro-Ministro exerce o comando do poder executivo, possuindo este a prerrogativa de nomeação dos demais ministros (art. 68), com a ressalva de que sejam necessariamente civis (art. 66) e que tenham responsabilidade solidária perante a Dieta (parlamento japonês). Já o poder judiciário também é representado por um tribunal supremo onde seus integrantes igualmente são nomeados pelo Gabinete (art. 79), mas, no caso do poder judiciário, tal decisão pode ser revista pela população por meio das eleições gerais subseqüentes¹¹⁵.

Com relação ao parlamento propriamente falando, nos termos do art. 41 da constituição japonesa, este é “o mais alto órgão do Poder estatal e será o único dotado de função legislativa”. Como também é a regra, o parlamento possui duas Casas, a Câmara Alta, também denominada Câmara dos Conselheiros, bem como é

¹¹³ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 54.

¹¹⁴ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 54-55.

¹¹⁵ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 55.

composto pela Câmara Baixa, também nomeada como a Câmara dos Representantes. A constituição japonesa também estipula expressamente em seu art. 59 que a Câmara dos Representantes dá a última palavra, valendo-se para isto do quórum qualificado de dois terços¹¹⁶.

Neste particular nota-se que a constituição japonesa utilizou o expediente de criar por força de lei o protagonismo da Câmara Baixa, o que na Inglaterra foi fruto do tempo e da dinâmica do parlamento, sem a necessidade de imposição constitucional expressa.

Não obstante o modelo parlamentarista imposto pelos Estados Unidos, na prática tem vigorado no Japão o que foi denominado de “modelo triunvirato” o qual possui três representações. Este triunvirato abrange o “Yoto”, partido dominante; “Zaikai” como representante do patronato empresarial, exercido por meio da federação das organizações econômicas, denominadas de “Kendaren”; e o “Hankai”, representante da tecnoburocracia estatal, com aposentadorias no máximo aos cinquenta e cinco anos, mas geralmente aos quarenta anos se dando o afastamento para a iniciativa privada ou política. Tal triunvirato e sua representação de “classes” têm permitido o êxito do sistema japonês, inclusive econômico, pois ocorre dessa forma uma espécie de rotação no exercício do poder por meio das forças representadas neste triunvirato¹¹⁷.

4. Direito Parlamentar e Direito Eleitoral

Direito parlamentar e direito eleitoral não se confundem. Embora ambos tratem, genericamente falando, da vida política de um país, são diferentes.

O primeiro pode ser conceituado como regulador da estrutura interna, da organização, do funcionamento e dos procedimentos ou processos parlamentares, bem como das relações do parlamento com outros órgãos do Estado e das eleições de seus membros¹¹⁸.

¹¹⁶ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 55.

¹¹⁷ VAMIREH CHACON, *O novo parlamentarismo*, Brasília: Fundação Milton Campos, 1978, p. 55.

¹¹⁸ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 213.

Como bem anota Jorge Miranda, já o direito eleitoral é caracterizado como um seguimento do direito constitucional, sendo inclusive chamado de “constituição eleitoral”¹¹⁹.

Assim, o Direito eleitoral é conceituado como o conjunto de normas que regulam os procedimentos ou processos eleitorais políticos. Diante disso, pode-se dizer que o direito eleitoral regula o acesso aos cargos públicos elegíveis, tanto do executivo como do legislativo. Assim, o direito eleitoral abrange também o Poder Executivo em sua regulamentação. Já o parlamentar é exclusivo do Poder Legislativo¹²⁰.

Por esta razão esta dissertação abrangerá os atos eleitorais, mas apenas os parlamentares.

5. Fontes do Direito Parlamentar

O direito parlamentar, como micro sistema jurídico, possui diversas fontes de criação. Isto se dá pela sua complexidade, pois abarca várias questões como reflexo da complexa atividade do parlamento e de suas relações com os demais poderes e órgãos estatais¹²¹.

Diante do que foi dito acima, as fontes de criação do direito parlamentar, são divididas em dois grupos, segundo a lição de Jorge Miranda: normas em sentido estrito (pois relativas diretamente ao parlamento), e normas que, embora não digam respeito apenas ao parlamento, são também fontes em face de sua importância prática¹²².

Como fontes do primeiro grupo, continua a lição do mestre ao indicar a constituição, as leis ordinárias relativas ao parlamento, o regimento do parlamento, os costumes e a jurisprudência¹²³.

¹¹⁹ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 18.

¹²⁰ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 15.

¹²¹ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 214.

¹²² JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 215-216.

¹²³ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 215-216.

E, respeitante ao regimento, podem existir mais de um regimento, a acentuar ainda mais a complexidade caracterizadora do direito parlamentar.

Exemplificando, em Portugal, a Assembléia da República Portuguesa possui apenas um regimento, uma vez que o Parlamento nacional é unicameral (art. 110º, nº 1, e art. 147º, da Constituição da República Portuguesa).

O Brasil por sua vez já possui uma caracterização diferente, consistindo em um Poder Legislativo bicameral, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, sendo que a reunião de ambos configura o Congresso Nacional. Dessa forma, possui o Brasil em matéria de regimentos parlamentares três distintos, um para cada casa legislativa citada e um para o Congresso Nacional.

Para o segundo grupo de fontes são elencadas as normas internas dos partidos políticos com representação no parlamento, os acordos políticos entre partidos ou entre o Governo e estes ou aqueles partidos, as normas de cortesia constitucional e as praxes e as convenções parlamentares¹²⁴.

Note-se que tal profusão de normas criadoras do direito parlamentar, como já dito acima, decorre justamente de sua complexidade. Com efeito, o direito parlamentar abarca “normas substantivas sobre a estrutura do parlamento, os sujeitos de ação parlamentar e as relações com os cidadãos”. Além destas, as organizatórias e as procedimentais¹²⁵.

Conforme a lição do Autor, é possível a existência do costume jurisprudencial constitucional como fonte do direito constitucional. Isto porque, considera-se viável que o conjunto de decisões emitidas pelo tribunal possam consolidar, diante desta repetição, um costume, como por exemplo nas ações declaratórias de inconstitucionalidade. Inclusive, tal entendimento se aplicaria no sistema do tipo francês, considerando ainda que haveria a possibilidade de tal costume jurisprudencial existir em Portugal nos termos do art. 119, nº 1, alínea g, da Constituição Portuguesa¹²⁶.

Na esteira deste entendimento, na lição do Autor, dos tribunais é possível emanarem normas jurídicas constitucionais, na medida em que sua jurisprudência

¹²⁴ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 216.

¹²⁵ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 214.

¹²⁶ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 168-169.

concretiza o direito e, quando tal jurisprudência se dá de maneira *generalizante* pode nascer a norma constitucional. Assim, em qualquer sistema constitucional são fontes normativas a lei, o costume e a jurisprudência, pois a variedade se dá apenas quanto ao grau delas¹²⁷.

Tal entendimento é seguido pela doutrina francesa, pois, segundo Pierre Avril e Jean Gicquel, no rol das fontes escritas do direito parlamentar pode ser citada a jurisprudência emanada dos tribunais.

Na França, segundo o entendimento dos citados Autores, a jurisprudência do Conselho Constitucional francês pode ser considerada como uma fonte do direito constitucional, pois como o Conselho justamente é considerado o intérprete autêntico da constituição, ao realizar tal interpretação ele extrai o conteúdo constitucional das normas constitucionais, fazendo com que haja o caráter criador do direito em suas decisões, fazendo com que estas se tornem uma “fonte secundária” do direito parlamentar¹²⁸.

Mas os próprios Autores reconhecem ter mudado seus entendimentos, pois antes faziam parte daqueles que negavam o caráter de fonte do direito à jurisprudência. Na visão anterior, sustentavam que não podia a jurisprudência ser considerada fonte do direito constitucional porque uma regra constitucional é imposta a todos e cumprida pelo legislador ou pelo juiz. E que, por isso, as decisões judiciais podem ser modificadas a qualquer momento e, portanto, o juiz sairia da condição de cumpridor para a de criador da lei, somado ao fato de que a competência judicial deve ser conforme à constituição e não para criar norma constitucional a cada decisão¹²⁹.

Alegam os Autores que mudaram sua posição quanto ao tema, pois entendem que o desenvolvimento da jurisprudência constitucional deve ser encarado de uma forma “menos dogmática”, o que resultou no entendimento atual acima exposto aceitando a jurisprudência como fonte pelas razões ali expostas pelos próprios Autores¹³⁰.

¹²⁷ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 147-148.

¹²⁸ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 13.

¹²⁹ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 13.

¹³⁰ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 13.

E na defesa do caráter criador da jurisprudência alegam ser esta uma “fonte derivada”¹³¹, pois emanada de um órgão constituído e assim suas decisões serviriam como exercício de um poder constituinte derivado.

Mas os Autores não se limitam a expor que a jurisprudência criaria normas constitucionais como fontes secundárias. Vão mais além e afirmam que o Conselho Constitucional da França cria normas constitucionais também como fontes originárias, citando como exemplo a decisão que reconheceu limites inerentes ao exercício do direito de revisão constitucional por parte do governo¹³².

¹³¹ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 14.

¹³² PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 15.

PARTE II

AS CATEGORIAS DE ATOS PARLAMENTARES

6. Atos Parlamentares Internos e Externos

Os atos parlamentares, como exteriorização da atividade parlamentar, podem ser externos ou internos, expressos ou tácitos. Por isso, não será possível tratar de todas as espécies dos citados atos. Serão feitas breves menções de cada espécie de atos, mas o enfoque será os internos tácitos. Quanto aos internos expressos, por serem internos, terão um maior desenvolvimento os regulamentos parlamentares, também porque o regulamento é a principal fonte dos atos parlamentares (juntamente com a Constituição), sejam internos ou externos, expressos ou tácitos, pois estes últimos seriam o regulamento e constituição colocados em prática sem a forma escrita.

Também nesta dissertação, relativamente aos atos parlamentares, será tratada da soberania parlamentar e a teoria dos atos “*interna corporis*”, considerada esta, como se verá, sinónimo daquela, quando fora da Inglaterra. Reconhece-se, no entanto, que tal colocação não é uníssona. Esta questão será abordada, pois tal soberania é fundamental para se entender a possibilidade ou não dos atos parlamentares internos tácitos, notadamente os costumes constitucionais ou parlamentares, bem como as convenções constituições, sob a óptica sob a qual se embasa esta dissertação, como se verá.

6.1 Atos Parlamentares Externos

Os atos parlamentares, para os fins deste trabalho, foram divididos em externos, internos, expressos e tácitos.

Os atos parlamentares externos são, como o próprio nome está a dizer, são aqueles que se destinam ao âmbito externo ao parlamento, ou seja, não têm o parlamento e seus parlamentares como objeto, mas são normas em geral dotadas de eficácia externa com projeção, inclusive, na comunidade jurídica¹³³.

¹³³ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 219.

Não obstante, externos serão aqui considerados os atos legislativos gerais e abstratos que regulam a vida em sociedade, ou seja, as leis genericamente falando.

Como são dirigidos aos cidadãos ou a outros poderes, não são considerados internos e não serão desenvolvidos nesta dissertação.

Assim, quanto aos atos externos, entendeu-se neste trabalho que, mesmo em razão do enfoque estar voltado para a atividade interna do parlamento, devem ser feitas breves considerações a respeito destes, pois, não obstante, também são atos parlamentares dentro do sistema constitucional.

No Brasil, apenas a título exemplificativo, os atos legislativos estão previstos no art. 59 da Constituição Federal e compreendem as seguintes espécies normativas externas: Emendas à Constituição; Leis complementares; Leis ordinárias; Leis delegadas; Medidas provisórias; Decretos legislativos; e as Resoluções.

Não obstante as duas últimas espécies normativas estarem previstas como normas externas, elas também são utilizadas como normas internas. Por exemplo, os regimentos das Casas Legislativas e do Congresso Nacional são instituídos por meio de resolução, caracterizando-se esta como ato legislativo interno.

Já uma resolução também pode ser um ato legislativo externo, como se dá com as resoluções do Senado que definem as alíquotas do ICMS (imposto sobre circulação de mercadorias e serviços) para os Estados, nos termos do inciso IV do § 2º do art. 155 da Constituição Federal brasileira.

Por sua vez, os decretos legislativos também servem para disciplinar alguns atos internos do parlamento, como, por exemplo, vedar o pagamento de ajuda de custo ao parlamentar durante a sessão legislativa extraordinária (Decreto Legislativo nº 1 de 2006 do Congresso Nacional), bem como se destinam da mesma forma para atos externos, como por exemplo os decretos legislativos referentes a atos internacionais (art. 376 do regimento interno do Senado brasileiro).

Além disso, os atos externos podem ser expressos ou tácitos.

6.2 Atos Parlamentares Internos

Nota Introdutória

No âmbito dos atos parlamentares internos, os quais são o objeto desta dissertação, optou-se pela delimitação do seu enfoque, uma vez que a abrangência dos atos parlamentares internos se apresentaria bastante vasta, pois poder-se-ia traçar o rol de todos os atos parlamentares internos, a competência interna dos órgãos fracionários do parlamento para realização dos mesmos, os procedimentos e requisitos para os atos internos, os meios de impugnação dentro do parlamento dos atos internos e sua aprovação, ou seja, muitos poderiam ser os caminhos e abordagens sobre este item do presente trabalho.

Contudo, não se optou por esse caminho, pois estas questões podem ser extraídas mediante a leitura dos respectivos regimentos internos de um dado parlamento, pois questões supram mencionadas costumam estar previstas nas normas internas de funcionamento da(s) Casa(s).

Buscou-se nesta dissertação uma abordagem teórica sobre questões que suscitavam controvérsias, ao menos em tese, a respeito dos atos internos parlamentares. Procurou-se trazer a visão doutrinária de alguns países para analisarmos como tem sido tratado o tema dos atos parlamentares internos.

Como tais atos são objeto deste trabalho, aqui foi feita apenas esta menção introdutória, pois o tema será desenvolvido no decorrer desta dissertação.

7. Atos Parlamentares Expressos e Tácitos

7.1 Atos Internos Expressos

Por sua vez, atos internos expressos serão considerados aqueles que são voltados para o parlamento e sua atividade e, como ensina Jorge Miranda, podem ser elencados como¹³⁴:

a) Normas substantivas, as quais podem versar sobre:

- a estrutura do parlamento;*
- os sujeitos de ação parlamentar (deputados, grupos parlamentares, partidos);*
- as relações com os cidadãos (inquéritos parlamentares, audições, petições).*

b) Normas organizatórias, incluindo as normas de competência e as normas de organização interna;

¹³⁴ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003. p. 214.

c) *Normas procedimentais, relativas sobre os procedimentos ou processo parlamentares (legislativos ou fiscalizadores, ordinários ou de urgência, etc.).*

Os atos parlamentares expressos, como o próprio nome está a dizer, são aqueles expressamente previstos na constituição e nos regulamentos parlamentares. Diante da capacidade de autogestão do parlamento, a qual faz parte da independência dos parlamentos dentro dos sistemas constitucionais que o prevêm, tal independência autoriza que os parlamentos estabeleçam os seus próprios regimentos, o que é geralmente também previsto expressamente nas respectivas constituições.

Cada país ou sistema constitucional pode variar as espécies ou nomenclaturas dos atos parlamentares expressos e elencá-los, para mais ou para menos, mas via de regra estes atos são semelhantes de um país para o outro, até porque a atividade parlamentar é também muito semelhante.

Por esta razão, não serão aqui elencadas listas de atos parlamentares expressos. Apenas serão traçadas algumas considerações sobre o regulamento interno dos parlamentos, pois é nele que estão previstos os atos expressos parlamentares (além da Constituição), sendo o regulamento, como consta nesta dissertação, uma das principais fontes dos atos parlamentares. Quanto aos regulamentos, valem as mesmas observações no sentido de que não será feita uma apreciação do rol de atos parlamentares expressos previstos nos regimentos internos, dos procedimentos legislativos previstos, dos respectivos quóruns etc., vez que isto pode ser aferido com uma simples leitura do regimento interno que se deseja.

Como exemplo de atos parlamentares internos expressos podem ser citados a jurisprudência, os precedentes e o regulamento, todos parlamentares.

7.2 Jurisprudência Parlamentar

Inicialmente, faz-se um breve esclarecimento sobre a expressão *jurisprudência* parlamentar. Isto porque, a rigor, jurisprudência, no sentido aqui empregado, significa o conjunto de decisões de um tribunal, ou seja, seria um termo relacionado ao poder judiciário. Em realidade, a *jurisprudência* parlamentar, como será visto, significa os precedentes parlamentares similares que indicam uma linha de decisão ou posição dentro do parlamento.

Vincenzo Miceli estabelece que ao lado daquelas fontes verdadeiras e próprias, de onde nasce diretamente o direito parlamentar, existem as fontes impróprias ou indiretas, por meio das quais indiretamente tem origem nova norma de direito. Entre estas fontes indiretas é indicada a jurisprudência parlamentar, a qual é encontrada em quase todos os ramos do direito.¹³⁵

Pode ser conceituada como “o conjunto de precedentes adotado nas deliberações dos órgãos parlamento”¹³⁶.

Em complementação, anota a doutrina que é importante ressaltar que o parlamento não pode ser comparado em todos os aspectos com uma Corte de justiça que aplica a lei, sendo que neste caso a interpretação feita pelo parlamento aparece como mais do que um simples precedente de jurisprudência, assumindo pouco a pouco as características da verdadeira interpretação autêntica.¹³⁷

7.3 Precedentes Parlamentares

Quanto aos precedentes parlamentares (espécie dos precedentes constitucionais), estes podem ser externos ou internos, expressos ou tácitos. Em face disso, considerando que esta dissertação versa sobre os atos internos tácitos do parlamento, não serão desenvolvidos os demais tipos de precedentes. Em face disso, como já dito acima, o conjunto de precedentes consubstancia-se na chamada jurisprudência parlamentar.

Estes precedentes parlamentares são entendidos como “a resolução de um caso determinado”¹³⁸. Como já dito sobre o enfoque deste trabalho, os precedentes serão desenvolvidos quando forem tratadas das praxes como atos parlamentares tácitos, pois, inclusive, os precedentes, além de praxes, são um dos elementos constitutivos das convenções constitucionais.

7.4 Regulamentos Parlamentares

¹³⁵ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 15-16.

¹³⁶ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

¹³⁷ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 16-17.

¹³⁸ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

Nota Introdutória

Neste item também será realizada uma pequena síntese teórica quanto à natureza dos regulamentos parlamentares. Optou-se por restringir o âmbito deste item nesse sentido (teórico), pois a natureza dos regulamentos internos pode ser aplicada, ao menos em tese, a diversos regulamentos de mais de um sistema constitucional que preveja Casa Legislativa, seja este parlamentarista, presidencialista ou semipresidencialista.

7.5 Particularidades dos Regulamentos Parlamentares

Jorge Miranda nos traz diversos ensinamentos a respeito do regimento interno.

Segundo o renomado constitucionalista, grande relevo assume o regimento, pois trata-se de corpo de normas relativos à organização e funcionamento dos órgãos colegiados ¹³⁹.

Esclarece o Autor que tais corpos de normas muitas vezes são fruto de praxes e convenções e o regimento possui um caráter de permanência, pois suas normas tendem a permanecer indefinidamente, bem como pela não interferência de outros órgão em sua elaboração, sendo de competência exclusiva do parlamento ¹⁴⁰.

Ainda, que as normas regimentais são, primordialmente, fruto de decisões políticas antes de serem apenas normas de caráter procedimental e de funcionamento do parlamento ¹⁴¹.

Diz ainda a doutrina que nos regulamentos está a resposta para uma grande parte do direito parlamentar, ali constando quase tudo que se pode chamar direito parlamentar escrito e que em grande parte depende o correto funcionamento da aquela assembléia num Estado representativo ¹⁴².

¹³⁹ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 218.

¹⁴⁰ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 218.

¹⁴¹ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 218.

¹⁴² VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 11.

a) Fonte do direito parlamentar

Segundo os autores, o regulamento é considerado uma fonte privilegiada do direito parlamentar¹⁴³. A fonte específica do direito parlamentar, além dos costumes parlamentares, é constituída pelos regulamentos internos de cada Câmara¹⁴⁴. O regulamento é considerado a fonte mais importante do direito parlamentar¹⁴⁵.

b) Conteúdo dos Regulamentos

Vittorio Di Ciolo faz uma categorização das normas contidas nos regulamentos dizendo que estes podem conter normas variadas, como normas reprodutivas, interpretativas, integrativas, bem como normas de concretização de normas constitucionais ou ainda regulatórias de matérias não disciplinadas diretamente pela constituição¹⁴⁶. Além disso, contém, via de regra, o funcionamento interno dos parlamentos, os procedimentos internos, as deliberações e a disciplina parlamentar¹⁴⁷.

c) Natureza dos Regulamentos

Segundo Jorge Miranda, quanto à natureza do regimento, trata-se de lei, mas não no sentido de ato normativo de carácter geral e abstrato, de carácter externo, mas sim no sentido de normas internas do parlamento (“fonte unilateral e centralizada de criação do direito”)¹⁴⁸.

É considerado como a lei daquelas assembleias¹⁴⁹. bem como Vittorio Di Ciolo ao tratar da natureza jurídica dos regulamentos parlamentares, estabelece que estes são “verdadeiras normas jurídicas”¹⁵⁰.

¹⁴³ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 7-8

¹⁴⁴ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 11.

¹⁴⁵ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2^a edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 23.

¹⁴⁶ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2^a edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 24.

¹⁴⁷ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 7-8.

¹⁴⁸ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 219.

¹⁴⁹ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 11.

¹⁵⁰ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2^a edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 23.

A discussão que eventualmente se verifica diz respeito à natureza dos regulamentos parlamentares. Dessa discussão, a natureza do regulamento pode ser dividida em duas espécies, uma formal e outra de conteúdo¹⁵¹.

Para a natureza considerada formal, o regulamento é uma resolução emanada do próprio órgão legislativo com a característica de ser voltada para a regulamentação da(s) Casa(s) legislativa(s), aplicando-se apenas no âmbito interno do parlamento¹⁵².

Já para a natureza de conteúdo, ou material, também por Pierre Avril é citada a anotação de Paul Bastid: “o regulamento é a lei interior de cada Câmara, fixada por ela mesma. A Câmara age estabelecendo seu regulamento não como um ramo do poder legislativo, mas a título de corporação autônoma dotada de um poder de organização e possuindo sobre seus membros uma autoridade disciplinar”¹⁵³.

d) Destinatários e Âmbito de Incidência

E seu caráter de vinculação direta à constituição é fundamental, pois o regimento só vale em função daquela, além de que o regimento se dirige antes de tudo ao parlamento e aos parlamentos¹⁵⁴.

Mas isso não impede que o regimento se aplique a outros órgãos quando em relação com o parlamento, como é o caso em Portugal da posse do Presidente da República¹⁵⁵ e no Brasil o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Quanto aos destinatários do regimento interno, estes são todos aqueles que trabalham dentro do parlamento e a ele vinculam-se. Exemplificando, podem ser citados os parlamentares e ainda os servidores que exercem funções apenas administrativas. Mas não é só, pois, além destes, pessoas que não trabalham no parlamento, mas que lá se encontrem, como por exemplo os visitantes ou membros de outros órgãos constitucionais (incluindo eventuais acompanhantes destes)¹⁵⁶.

e) Tipos de Regulamentos

¹⁵¹ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 7-8.

¹⁵² PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 7-8.

¹⁵³ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 8.

¹⁵⁴ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 219.

¹⁵⁵ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 219.

¹⁵⁶ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 7-8.

Quanto às espécies, os regulamentos da assembléia política podem ser de dois tipos, um chamado tipo inglês e o outro de tipo continental. Segundo o primeiro, os regulamentos são um conjunto de normas diferentes entre si e que pouco a pouco vão sendo aceitas pela assembléia à medida que se manifestam como necessárias; são espécies de costumes que se tornam lei e que ocupam de certo modo um posto intermediário entre as leis e os costumes. Os regulamentos têm, da mesma forma que os costumes, a flexibilidade e a possibilidade de uma maior adaptação às exigências das quais vem sucessivamente sugeridas ou impostas. Os regulamentos podem também apresentar características da lei, ou seja, a forma escrita e a proclamação formal por parte da autoridade competente¹⁵⁷.

No segundo tipo, chamado de continental, os regulamentos são espécies de códigos parlamentares, feitos todos de uma só vez e em um só documento, ordenados sistematicamente em suas partes e são tornados obrigatórios permanentemente, enquanto não forem alterados formalmente pela respectiva casa que os produziu. Esse segundo tipo (continental) tem em relação ao primeiro tipo a vantagem de ordenar e de sistematizar, ou seja, a possibilidade de regular segundo um dado plano todo o funcionamento de uma assembléia e de dispor sobre todas as suas várias formas de atividade, de tal maneira que ele possa concorrer com mínimo de esforço para alcançar aquele escopo, com unidade e harmonia de ações¹⁵⁸.

f) Princípio da Reserva de Lei Parlamentar¹⁵⁹

Vincenzo Miceli assevera que tal princípio decorre de uma autorização tácita ou expressa do legislador, como vemos, por exemplo, no artigo 61 do nosso estatuto que diz "Assim como o senado, como a Câmara dos deputados, determina, por meio de seu regulamento interno, o modo segundo o qual deva exercer as próprias atribuições"¹⁶⁰.

Este princípio diz respeito à competência prevista na constituição, pois esta garante a "reserva de regulamento parlamentar", a qual exclui a incidência de

¹⁵⁷ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 11-12.

¹⁵⁸ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 13.

¹⁵⁹ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 24-25.

¹⁶⁰ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 11.

lei ordinária para disciplinar as matérias objeto dos regulamentos, como forma de garantir a autonomia parlamentar evitando-se que leis adentrassem dentro da área de auto-regulamentação parlamentar, o qual também se destina à garantir a independência do parlamento, sendo assim, segundo o Autor, uma manifestação da teoria dos atos "interna corporis"¹⁶¹.

7.6 Soberania do Parlamento e Teoria dos Atos "interna corporis"

Assim, somado ao que já foi exposto mais acima quanto à natureza dos regulamentos parlamentares, para os quais foi feita uma abordagem teórica, agora neste item também será acrescida uma breve síntese teórica da soberania do parlamento e a aplicação da teoria dos "interna corporis", bem como a respectiva liberdade dos parlamentos em sua auto-regulamentação. Optou-se por restringir o âmbito deste item nesse sentido (teórico), pois a tal síntese teórica pode ser aplicada, ao menos em tese, a diversos regulamentos de mais de um sistema constitucional que preveja Casa Legislativa, seja ele, parlamentarista, presidencialista ou semipresidencialista.

Tal questão diz respeito à teoria em torno dos chamados atos "interna corporis", pois esta teoria é determinante para se saber até que ponto existe de fato a independência ou soberania do parlamento na sua auto-organização (interna) e na atividade interna legislativa, bem como em que medida tais atividades podem ser consideradas independentes/soberanas, qualquer que seja o elenco de atos praticados por determinado parlamento em determinado país.

Até porque, os atos parlamentares internos, no que diz respeito aos tipos de atos praticados, de certa forma e genericamente falando, são muito similares de um parlamento a outro com pequenas diferenças, pois a atividade das casas legislativas nos diversos países costumam ser muito parecidas.

A teoria dos atos "interna corporis" está diretamente relacionada com a soberania do parlamento inglês. Na origem inglesa, o parlamento estabeleceu para si garantias de funcionamento tanto para o órgão em si quanto para os seus membros, sendo para o órgão em si a capacidade de auto-organização e para os seus membros garantias pessoais para o livre exercício autônomo de suas funções,

¹⁶¹ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 24-25.

podendo ser citado como exemplo destas últimas as imunidades parlamentares. Ademais, havia grande preocupação com a defesa do órgão parlamentar e a proteção do mesmo contra a ação dos outros órgãos estatais, a fim de se evitar ingerências, bem como garantir a independência do parlamento frente ao Executivo e ao Judiciário, além de propiciar o equilíbrio entre as forças das Câmaras parlamentares em relação ao rei¹⁶².

Esclarece ainda o Autor que a teoria dos atos “interna corporis” corresponde ao instituto da soberania do parlamento, apenas com outro nome¹⁶³.

Na Inglaterra, como se verá, a noção da soberania do parlamento (“sovereignty of parliament”) é muito sólida, exercendo este o papel de protagonista entre os órgãos de soberania estatal (poderes de Estado). Na Inglaterra, justamente por isso, como se pretende demonstrar nesta dissertação, somente no sistema constitucional inglês é possível e cabível o instituto das “conventions of constitution”, pois tais acordos dentro do parlamento ou entre o parlamento e os outros órgãos estatais baseiam-se nesta soberania.

Segundo os ensinamentos de Jeffrey Jowell e Dawn Oliver, a soberania do parlamento pode ser resumida:¹⁶⁴

“The sovereignty of Parliament as a doctrine of constitutional law means that there are no legally enforceable limits to the legislative authority of the Westminster Parliament. The courts interpret and apply Acts of Parliament, but, in the absence of any written constitution for the United Kingdom to impose limits upon Parliament's powers, they may not review the validity of legislation. The legislative authority of Parliament includes power to make constitutional changes by ordinary process of legislation,”

Ainda, segundo os mesmos Autores:¹⁶⁵

¹⁶² IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 191.

¹⁶³ IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 193.

¹⁶⁴ JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing constitution*. Third edition. Oxford: Clarendon press, 1994. p. 79.

¹⁶⁵ JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing constitution*. Third edition. Oxford: Clarendon press, 1994. p. 81.

“The sovereignty of Parliament describes in formal terms the relationship which exists between the legislature and the courts. As analysed by Dicey, the Queen in Parliament (the legislature) has 'the right to make or unmake any law whatever' and no person or body outside the legislature 'is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament'. In other words, there are no legal limits to the legislative authority of Parliament. When that authority is exercised in the form of an Act of Parliament, no court or other body has power to hold such an Act to be void or invalid or in any respect lacking in legal effect.”.

Como se nota, fazendo uma tradução livre dos ensinamentos acima, a *sovereignty of parliament*, prega que não há limites legais à autoridade legislativa do parlamento, bem como cabem aos tribunais aplicar e interpretar as leis, mas lhes é vedado revê-las ou invalidá-las. Como não há constituição escrita a impor limites ao parlamento, estes limites inexistem, podendo inclusive o parlamento alterar a constituição pelo mesmo processo das leis ordinárias.

Ainda, segundo os Autores, o parlamento inglês é o protagonista da vida política inglesa e sua autoridade se impõe principalmente aos tribunais, os quais não podem declarar os atos do parlamento inconstitucionais para deixar de aplicá-los. Inclusive não haveria limites ao poder do parlamento e ninguém estaria autorizado a substituir ou pôr de lado os atos legislativos do parlamento.

No sistema Português, conforme nos ensina Jorge Miranda, o regimento interno da Assembléia da República Portuguesa não pode ser objeto de fiscalização preventiva de constitucionalidade, mas pode ser da sucessiva, concreta e abstrata, como consequência da teoria dos atos *interna corporis* como atos imunes à apreciação judicial¹⁶⁶. E são citadas em Portugal apenas duas exceções a esta proibição de fiscalização do regimento interno pelo Tribunal Constitucional Português: as hipóteses de recurso relativo à perda de mandato e às eleições dentro da Assembléia da República e nas Assembléias Legislativas Regionais¹⁶⁷.

Quanto ao sistema constitucional francês, a respectiva constituição estabelece no seu art. 61 uma regra que submete ao Conselho Constitucional

¹⁶⁶ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 221-222.

¹⁶⁷ JORGE MIRANDA. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003, p. 222.

francês a avaliação da conformidade dos regulamentos parlamentares franceses à constituição do país, o que é chamado de “controle obrigatório de conformidade”¹⁶⁸.

Em outras palavras, tal controle de conformidade obrigatório face à determinação constitucional francesa demonstra de forma clara que o parlamento francês submete-se à constituição e tal fiscalização é feita por órgão estranho ao parlamento – órgão judicial francês – e, via de consequência, os atos parlamentares, sejam internos ou externos, expressos ou tácitos, submetem-se à constituição e ao crivo judicial, demonstrando que não há soberania do parlamento na França e tampouco se aplicaria a teoria dos "interna corporis".

Na Itália, a proteção aos atos parlamentares, oriunda da teoria dos "interna corporis", abrangeria, segundo o Autor, duas espécies de atos ou, como diz Modugno, citado por Ignacio Torres Muro, duas esferas de autonomia. Autonomia primária e outra denominada de autonomia secundária, onde a primeira diz respeito à atividade legislativa do parlamento, sendo a secundária aquela relativa à capacidade de autogestão e auto-organização interna do órgão parlamentar onde, somadas tais autonomias, estaria configurada a atividade parlamentar como um todo¹⁶⁹.

Questão apresentada por Ignacio Torres Muro diz respeito aos “três conflitos” quando da aplicação da teoria dos "interna corporis". Muito embora tais conflitos tenham sido analisados sob a ótica do sistema constitucional italiano, esta tríade de conflitos pode perfeitamente ser aplicada aos demais sistemas constitucionais baseados em constituição escrita e rígida, sejam parlamentares, presidencialistas ou semipresidencialistas.

Como mais uma forma de demonstrar a impossibilidade de se aplicar a teoria dos "interna corporis" fora do sistema inglês podem ser apresentados os três conflitos indicados pela doutrina italiana representada quanto a esta questão por Ignacio Muro.

Segundo o Autor, tais conflitos baseiam-se no fato de que as constituições escritas costumam na sua generalidade trazer sistemas de controle quanto à aplicação dos recursos públicos, quanto ao acesso ao poder judiciário pelos cidadãos para a defesa de seus direitos e, por fim, que o mesmo poder

¹⁶⁸ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 9.

¹⁶⁹ IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 192.

judiciário exerça o controle de constitucionalidade de quaisquer atos que violem a constituição. Surgiria dentro dos sistemas constitucionais respectivos um conflito de interesses. Esses três direitos conflitariam com o direito à auto-organização e autogestão dos parlamentos, bem como dos atos parlamentares, sejam externos ou internos¹⁷⁰.

Constata-se, diante de tal situação é colocado o poder judiciário para fiscalizar o poder legislativo (parlamento) e, se for o caso, conformar sua atuação à constituição. Os que defendem a aplicação da teoria dos "interna corporis" pretendem que os atos parlamentares configurem uma zona de exceção jurídica, não sujeita ao controle judicial¹⁷¹.

Donde se percebe que numa análise de ponderação entre as normas constitucionais em conflito, reveladoras dos valores que consequentemente também entram em rota de colisão, a constituição se coloca acima dos interesses parlamentares enquanto órgão ou instituição, uma vez que os poderes de Estado são poderes constituídos e não constituintes, fazendo com que todos devam estar conforme a constituição. Inclusive, o sistema de fiscalização de constitucionalidade é conhecido como um dos meios de garantia da constituição, o que torna impraticável a teoria dos "interna corporis", uma vez que aceitá-la seria inverter a estrutura constitucional do Estado, pois o parlamento e seus atos estariam em igualdade com a constituição ou mesmo acima dela, pois o parlamento não poderia ser controlado ou ter a sua atividade questionada por nenhum órgão, mesmo que para o fim de confirmar a legalidade de sua atividade e, em última instância, sequer poderia ser questionada pela própria constituição.

Isso porque o controle do parlamento e de seus atos, sejam internos ou externos, não significa que o parlamento esteja agindo necessariamente fora dos parâmetros constitucionais e tampouco colocando em dúvida a atividade do parlamento ou de seus membros, mas apenas para demonstrar que o parlamento cumpre a constituição e para que continue a cumpri-la, como é aliás dever de todos os órgãos estatais, sob pena de ter a sua ação corrigida ou colocada conforme à constituição.

¹⁷⁰ IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 195.

¹⁷¹ IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 195.

Como se nota, não se trata de um conflito real de normas constitucionais ou de interesses, mas, sim, de um conflito aparente, pois em realidade, como é sabido, apenas uma norma pode efetivamente estar sendo aplicada mediante a interpretação e a ponderação dos valores contidos nas normas constitucionais em suposto conflito. Assim, diferentemente do que coloca Torres Muro, o conflito não existe, pois sempre o parlamento cederá face às fiscalizações do dinheiro público, da constitucionalidade e do controle de constitucionalidade, podendo ser acrescido um quarto elemento de suposto conflito, pois o parlamento também cederá quando for flagrantemente violada uma norma de direito fundamental garantida na respectiva constituição.

Como se percebe, o sistema inglês que originou o parlamento como o conhecemos e que foi transposto para outros países face o seu êxito na Inglaterra, passando a servir de modelo para diversos países e, com isso, a teoria ou instituto dos atos "interna corporis" também foi importada. Ocorre que existe uma situação de diferença capital entre a Inglaterra e os países que adotaram o modelo do parlamentarismo, qual seja, na Inglaterra não há constituição escrita¹⁷², o que acarreta uma diferença substancial entre o sistema inglês e os demais sistemas constitucionais parlamentaristas que possuem constituição escrita. A regra é que nos sistemas constitucionais parlamentares com constituição escrita esta venha acompanhada da rigidez constitucional e dos conseqüentes mecanismos de revisão. Além disso, nestes países os textos constitucionais criaram os três órgãos de poder estatal: o Executivo, Legislativo e o Judiciário. A questão toda se resume a este último, pois com a criação do poder judiciário, independente e autônomo em relação aos demais poderes, bem como pelo fato de que cabe a ele a guarda da constituição, nos países de constituição escrita os atos parlamentares, sejam externos ou internos, submetem-se ao crivo judicial e podem ser revistos (controlados) quando violarem a constituição.

Na Inglaterra assim não ocorre, pois a constituição não é escrita e é flexível. Portanto, como já visto, o parlamento, em tese, não a viola, pois os atos do parlamento diversos da constituição inglesa têm o condão de alterar a constituição ao invés de contrariá-la. Dessa forma, segundo a óptica desta dissertação, não

¹⁷² O termo *não escrita* é comumente citado doutrinariamente, mas somadas às regras não escritas há textos escritos que conjuntamente compõem a constituição inglesa. Cf. MARCELO NOVELINO, *Direito constitucional*, São Paulo: Método, 2010. p. 43.

ocorre nos demais países o que se verifica na Inglaterra e a teoria dos atos "interna corporis", como concebida originalmente, em realidade, não pode ser aplicada aos países de constituição escrita, como é o caso da Itália, França, Espanha, Brasil e outros.

De fato, justifica-se nos dias de hoje e nos países de constituição escrita, sejam parlamentaristas, presidencialistas ou semipresidencialistas, o controle judicial dos atos parlamentares sejam internos ou externos, sem que com isso se diminua a importância do parlamento ou de seus membros, tampouco estar-se-ia afrontando a independência ou autonomia parlamentar.

Com o estabelecimento das constituições escritas nos países, alterou-se de forma substancial ao menos duas questões capitais dentro dos sistemas constitucionais respectivos. Uma é que, não obstante, ainda que a questão não seja pacífica, a soberania do parlamento ("sovereignty of parliament"), segundo a óptica desta dissertação, não mais existe de fato, ou ao menos como se imagina, pois tal soberania existe apenas na Inglaterra, de onde aliás surgiu a expressão, não existindo nos demais países que adotam constituição escrita, ainda que tenham seguido o modelo inglês. A outra questão é que, justamente por isso, naqueles países foram criados tribunais supremos para o controle do cumprimento da constituição, abrangendo tal fiscalização inclusive o parlamento ou poder legislativo, o que impede que os atos parlamentares sejam excluídos ao controle externo (como ocorre na Inglaterra).

Percebe assim que, em outras palavras, não há soberania ou supremacia do parlamento nos sistemas constitucionais já citados e fora da Inglaterra, pois a liberdade interna do parlamento na produção de seus atos e a possibilidade ou não destes atos serem revistos ou reformados por órgão externo ao parlamento mostra que o parlamento não é "senhor de si", mas deve contas e as presta à constituição, a qual, por sua vez, constituiu outro órgão para controle e que se consubstancia no poder judiciário. Dessa forma, o parlamento em sua atividade interna possui limites e estes limites são traçados pela constituição. O parlamentarismo continental, como já se viu anteriormente, foi constituído de forma híbrida, tomando a base inglesa e adicionando elementos de outros sistemas. Assim, a "sovereignty of parliament" existe apenas na Inglaterra, não possuindo efeitos concretos, mas apenas teóricos (para aqueles que defendem a existência da soberania do parlamento nos países de

constituição escrita e rígida) nos países continentais que adotaram o parlamentarismo ou o presidencialismo.

É importante fazer uma observação no sentido que estas considerações a respeito da teoria dos "interna corporis" não tem como enfoque o controle ou fiscalização de constitucionalidade dos atos parlamentares, tampouco os elementos ou requisitos para o controle, meios de controle etc.. Apenas está se tratando da questão como forma de se argumentar sobre o embasamento teórico a respeito dos atos internos do parlamento e da respectiva liberdade do parlamento em praticá-los sob o enfoque de sua atividade interna (sem prejuízo de menções também à externa). O objeto desta dissertação, vale repetir, é abordar o parlamento na sua atividade interna. E esta argumentação em torno da teoria dos "interna corporis", como se verá futuramente, está relacionada com os costumes parlamentares, uma vez que estes são emitidos dentro do parlamento.

8. Atos Parlamentares Internos Tácitos

Quanto ao tema praxes ou práticas, será feita nesta Parte II uma breve exposição comparativa nas doutrinas de Portugal, França e Itália, a fim de se ter uma visão de como este tema é tratado em seus fundamentos nas doutrinas citada. Posteriormente, ainda nesta Parte II, serão abordadas também as convenções constitucionais de forma a se ter uma visão comparada destas do ponto de vista continental e sob a visão inglesa do tema.

Optou-se por separar os temas práticas (praxes) e convenções constitucionais por país e por Autor, a fim de se preservar a integridade pensamento dos Autores e das respectivas posições de cada país, fazendo com que, especialmente no tema das convenções constitucionais, pudesse ser percebida a diferença de tratamento deste assunto na Inglaterra em relação à França e Itália, além de, mesmo nestes dois últimos países, verificar as diferenças entre as duas concepções de convenções constitucionais, mas é importante ressaltar que nestes dois últimos países as semelhanças são maiores que as diferenças.

Por esta razão, não foi adotada a metodologia de se sistematizar e consolidar todo o assunto relativo a práticas e convenções constitucionais independente de país e de Autor, pois acreditou-se que isto não possibilitaria ou, ao menos, dificultaria a identificação das posições quanto ao tema em cada sistema

constitucional. Isto porque, nesta dissertação, pretende-se demonstrar que os sistemas constitucionais francês e italiano não são compatíveis com o sistema constitucional inglês, bem como a tentativa daqueles dois sistemas constitucionais de aplicarem o instituto das convenções constitucionais inglesas.

Tal metodologia, como se verá, também foi utilizada relativamente à Parte III desta dissertação, quando serão tratados do costume parlamentar dentro do contexto do costume constitucional.

8.1 Praxes

8.1.1 Fundamentos e Breve Panorama Conceitual

Jorge Miranda, ao tratar de *figuras afins ao costume constitucional*¹⁷³, elenca as praxes, os precedentes e as convenções, todas de carácter constitucional.

O renomado Autor conceitua as *praxes constitucionais* como “Usos a que falta a convicção de obrigatoriedade (o elemento psicológico do costume)”¹⁷⁴.

Disso infere-se que tal praxe não poderia se encaixar no conceito de costume, pois lhe falta um dos elementos, o subjetivo. Portanto, seria um uso, pura e simplesmente, sem que haja a consciência de ser uma norma. É seguido por ser uma prática, mas já se sabendo que pode ser mudada a qualquer momento e descumprida eventualmente caso haja necessidade. Assim, não são regras ou normas, no sentido jurídico, pois são seguidas se e quando convém.

Segundo Vittorio Di Ciolo, *praxes* é um termo “genérico e compreensível” podendo ser usado para designar qualquer comportamento que possua algum grau de repetição, fazendo que por vezes queira se inserir dentro deste termo as convenções ou os costumes. Não obstante tal indefinição do termo praxes, o Autor destaca que esta possui dentro do direito parlamentar uma “força persuasiva” bem maior do que pode ocorrer nos outros ramos do direito¹⁷⁵.

Segundo a posição de Pierre Avril e Jean Gicquel, *práticas* são consideradas uma expressão neutra e o seu sentido irá variar segundo as

¹⁷³ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 166.

¹⁷⁴ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 166.

¹⁷⁵ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

consequências jurídicas que resultam dos comportamentos repetidos nas respectivas assembleias onde, concomitantemente, podem ser visualizados comportamentos de cortesia, de cooperação e até de afrontamento de diversas pessoas que coabitam a Casa legislativa como representantes das mais diversas tendências¹⁷⁶.

Parar Uadi Lammêgo Bulos¹⁷⁷ “o termo prática constitucional é amplo, compreendendo os usos e costumes que se formam à luz da Constituição. Engloba, também, outras figuras que lhe são afins, tais como as praxes, os precedentes e as convenções constitucionais”¹⁷⁸.

Aqui, criou-se um gênero (práticas), derivando este em cinco espécies, nominadas “Praxes”, “Precedentes constitucionais”, “Usos”, “Costumes” e “Convenções constitucionais”.

Na noção exposta por Uadi Lammêgo Bulos há uma maior aproximação das ideias expostas mais a frente por Anna Cândida, inclusive com a generalização das noções, contribuindo para a indefinição dos conceitos¹⁷⁹.

Ao tratar dos costumes constitucionais, Roberto Barroso os define como “Práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ser válido ou até mesmo obrigatório”¹⁸⁰.

Aqui Roberto Barroso já confunde costumes com práticas, ou as equipara, à maneira de Anna Cândida.

Como se nota desta breve exposição conceitual, as definições de praxe variam de Autor para Autor, indicando a dificuldade de se estabelecer exatamente o que seria esta espécie de ato parlamentar interno tácito, pois, dependendo da posição doutrinária adotada, a questão adquire matizes diversos e, conseqüentemente desdobramentos também diversos.

Diz-se isto porque, por exemplo, caso se entenda que determinada prática é apenas uma praxe, a consequência seria de que esta não poderia criar

¹⁷⁶ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 17.

¹⁷⁷ Observação: a pesquisa se deu unicamente no livro “Mutação constitucional, São Paulo: Saraiva, 1997” e não foi possível o acesso a eventual nova edição deste livro ou às demais obras do mesmo autor.

¹⁷⁸ UADI LAMMÊGO BULOS. *Muta o constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 172.

¹⁷⁹ UADI LAMMÊGO BULOS. *Muta o constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 171-193.

¹⁸⁰ LUÍS ROBERTO BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*, 1  edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

uma norma constitucional. Contudo, na hipótese de ser considerada tal prática como um costume constitucional aí sim estaríamos diante de um fato gerador do direito. E, como posterior desdobramento de tal escolha conceitual, diferentes soluções ocorreriam, por exemplo, em sede de fiscalização de constitucionalidade e sucessão de normas no tempo (vigência e ab-rogação), da própria praxe e de eventuais normas contrárias total ou parcialmente a elas.

Importantes considerações sobre as normas de cortesia constitucional são trazidas por Jorge Miranda, pois estas atuam nas relações político-constitucionais e possuem natureza diversa das normas jurídicas, consubstanciando-se estas nas normas de civilidade, trato social, cortesia (também chamada de correção), podendo citar como exemplo destas as normas de protocolo e cerimonial de um país. Por fim, destaca o Autor que o costume constitucional não se confunde com as normas de cortesia constitucional¹⁸¹.

8.1.2 As Práticas na Doutrina Francesa

Como já visto, *práticas* são consideradas uma expressão neutra e o seu sentido irá variar segundo as consequências jurídicas que resultam dos comportamentos repetidos nas respectivas assembleias. Em face desta neutralidade e variação de sentido podem, concomitantemente, ser visualizados comportamentos de cortesia, de cooperação e até de afrontamento de diversas pessoas que coabitam a Casa legislativa como representantes das mais diversas tendências. Assim, valendo-se da colocação feita por Carl Schmitt, segundo a qual a palavra “polis” deriva-se em “politesse”, “police” e “politique”, entendem os Autores que essas três derivações da mesma palavra exprimem, em realidade, uma “unidade existencial” da atividade parlamentar, citando ainda os Autores, como exemplo, que o mesmo parlamentar pode participar de diversas atividades ou comissões ao mesmo tempo que englobem esses três tipos de prática acima citados¹⁸².

8.1.2.1 Tipos de Práticas

¹⁸¹ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 167-168.

¹⁸² PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 17.

Segundo a visão da doutrina francesa aqui exposta, três são os tipos de praxes naquele sistema constitucional, como manifestação das diversas modalidades de condutas dentro do parlamento.

a) Normas de Correção

As práticas denominadas em francês de “politesse” são também chamadas de normas de correção, bem como normas de cortesia parlamentar. Não são consideradas normas de direito parlamentar, pois tais normas caracterizam-se por um dever comportamental baseado num sentimento de obrigação, caracterizando-se como regras de conduta, as quais podem mudar de acordo com os tempos ou as legislaturas¹⁸³.

Dirigem-se à vida interna do parlamento e geralmente aplicadas na dinâmica parlamentar não exposta ao público. Contudo, mesmo não sendo normas jurídicas devem ser seguidas pelos integrantes do parlamento, razão pela qual para as mesmas não há uma sanção jurídica, mas apenas uma sanção de reprovação dentro da Casa, sendo uma forma de regulamentação espontânea e informal. Questão que se coloca a dificuldade de se estabelecer a fronteira, por vezes, entre as práticas de correção constitucional e as demais práticas parlamentares¹⁸⁴.

b) Políticas

As práticas políticas apresentam a característica de exprimirem o comportamento na esfera de atuação política, trazendo, portanto, de forma mais acentuada o seu dever de obediência, sendo caracterizadas pela junção dos elementos de um uso associado a uma determinada função, no caso, a função política. Citam os Autores como exemplo as convenções parlamentares¹⁸⁵.

c) Poder de Polícia

Tais práticas destinam-se a uma “deliberação ordenada” e integram o direito parlamentar também no aspecto do direito disciplinar. Estando compreendidas dentro do direito não escrito, tais regras possuem sanções estabelecidas pela própria Casa legislativa onde, por meio de seus órgãos, são

¹⁸³ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 17.

¹⁸⁴ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 17-18.

¹⁸⁵ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 18.

tomadas decisões relativas ao poder de polícia que vão pouco a pouco formando uma espécie de jurisprudência específica quanto a esta matéria. Por tudo isso são normas obrigatórias. Também, à maneira dos usos de cortesia, podem ser alteradas de acordo com as mudanças necessárias para o bom ordenamento do parlamento¹⁸⁶.

Pelas colocações do Autor, as normas de poder de polícia são normas não escritas, as quais estão compreendidas no direito não escrito interno parlamentar. Contudo, tais colocações devem ser compreendidas de que este direito não escrito interno é fruto do direito escrito interno parlamentar, ou seja, é fruto do regulamento parlamentar, pois este regulamenta também o poder de polícia das assembleias. É por isto que tais normas são obrigatórias dentro do parlamento de um sistema constitucional de constituição escrita como é na França. Tal obrigatoriedade é fruto do regulamento, onde a sua interpretação dará ensejo à formação da jurisprudência parlamentar específica quanto a esta matéria. Dessa forma, não há, a rigor, normas não escritas de poder de polícia obrigatórias como diz o Autor.

Não é possível a equiparação das normas internas do poder de polícia do parlamento francês, as quais se baseiam no regulamento interno escrito, às convenções constitucionais inglesas dotadas de obrigatoriedade.

8.1.3 As Práticas na Doutrina Italiana

Segundo Vittorio Di Ciolo, como também já mencionado, *praxes* é um termo “genérico e compreensível” podendo ser usado para designar qualquer comportamento que possua algum grau de repetição, fazendo que por vezes queira se inserir dentro deste termo as convenções ou os costumes. Não obstante tal indefinição do termo *praxes*, o Autor destaca que esta possui dentro do direito parlamentar uma “força persuasiva” bem maior do que pode ocorrer nos outros ramos do direito¹⁸⁷.

Quanto às normas de correção parlamentar, são chamadas pelo Autor de “regras do ‘fair play’” que normalmente se observam nas relações internas do

¹⁸⁶ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 19.

¹⁸⁷ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

parlamento e entre seus vários componentes, bem como na inter-relação com os órgãos constitucionais”. Por exemplo, as relações entre o Presidente e a Assembleia, bem como entre a maioria e a oposição, pois nesta última relação é necessário o adequado comportamento entre os grupos opostos face ao natural conflito de interesses, os quais podem gerar embates dentro do parlamento¹⁸⁸.

Como subtipos de normas de correção, elenca o Autor em primeiro lugar as *Normas de cerimonial*, as quais “São análogas às de correção e podem ser individualizadas em razão da matéria disciplinada”. Em segundo lugar, as de “*Galateo parlamentare*”, entendidas como “o complexo de normas que regulam o comportamento social imposto, ou ao menos sugerido, dentro da convivência civil no parlamento”. Por fim, as normas de *Linguagem parlamentar*, as quais traduzem a ideia de disciplina do uso da palavra. Estabelece o Autor que, não obstante os parlamentares possam falar livremente o que desejam, quanto ao conteúdo, devem quanto à forma evitar expressões inconvenientes, cabendo ao Presidente da sessão ou do respectivo órgão interno disciplinar a questão durante o uso da palavra¹⁸⁹. Assim, quanto a este último tipo, nota-se que a liberdade é de conteúdo e não de forma.

Como mais um exemplo de que realmente existe uma indefinição dos conceitos relativos ao tema das práticas constitucionais (“*lato sensu*”), o que não permite de forma adequada a identificação de cada situação jurídica e de que esta indefinição pode trazer também desdobramentos indefinidos, pode ser citado a anotação de Vittorio Di Ciolo¹⁹⁰ de que: “os termos [praxes, precedentes, jurisprudência parlamentar e as normas de correção parlamentar] são usados por vezes em modo mais ou menos promíscuo e que contribuem para criar dificuldades de definição ou confusões terminológicas”.

Contudo, diferentemente do que diz o Autor, esta confusão terminológica não se restringe às praxes, aos precedentes, à jurisprudência parlamentar e às normas de correção parlamentar. Em realidade, as convenções constitucionais e parlamentares, bem como os costumes constitucionais e parlamentares, inclusive a relação destes com a constituição escrita, têm se baseado em noções indefinidas e

¹⁸⁸ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 39.

¹⁸⁹ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 39.

¹⁹⁰ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

apartadas da teoria geral do direito, como é exposto no decorrer desta dissertação. Além disso, há também uma reconstrução teórica do direito costumeiro baseado em uma constituição não escrita, como forma de sobreposição de sistemas constitucionais incompatíveis entre si.

Dessa forma, não se trata de meras indefinições apenas dentro de um sistema constitucional específico, mas de incompatibilidades gerais dentro de sistemas constitucionais diversos.

8.2 Precedentes Constitucionais e Parlamentares

Preliminarmente, faz-se necessária a observação de que o precedente parlamentar, como espécie do precedente constitucional, pode ser expresso ou tácito, bem como interno ou externo. Não obstante, neste trabalho serão apenas desenvolvidos os precedentes parlamentares internos e tácitos, razão pela qual este item foi colocado nesta Parte II da dissertação.

Precedentes constitucionais “Correspondem a decisões políticas, através das quais os órgãos do poder manifestam o modo como assumem as respectivas competências em face de outros órgãos ou de outras entidades”¹⁹¹.

Por sua vez, os precedentes parlamentares (os quais também são constitucionais) são entendidos como “a resolução de um caso determinado”. Vittorio Di Ciolo ao mostrar a força dos precedentes dentro do direito parlamentar exemplifica o caso não raro de que em uma casa legislativa o seu presidente por vezes na decisão de um caso concreto faz a ressalva expressa de que este não deve ser constituído em precedente¹⁹².

Assim, segundo a noção de que os precedentes adotados são a maneira como a constituição é executada no tocante às suas competências, isto significa seguir o que já estava sendo feito pelos órgãos políticos. Como são decisões políticas, certamente a política ditará a melhor maneira de se concretizar as competências constitucionais, evitando atritos de ordem política e buscando uma melhor governabilidade.

¹⁹¹ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 166.

¹⁹² VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

Por isso, não poderiam ser normas constitucionais não escritas e tampouco erigidas à categoria de costumes jurídicos, pois não há nelas, necessariamente, ambos os elementos dos costumes, seja o objetivo ou o subjetivo.

Conforme vai se dando a dinâmica política, com suas alterações, alterar-se-ão da mesma forma tais precedentes.

Como todo precedente, inspira os atos posteriores até ser alterado, passando o novo ato a ser o precedente, e assim por diante.

Os precedentes, relativamente ao tema práticas e convenções constitucionais, possuem grande relevância, pois, em realidade, como se pretende demonstrar ao longo desta dissertação, as práticas (atos internos tácitos) são os comportamentos que se transformaram em precedente ou são meros comportamentos que não foram eleitos como precedente em face de uma opção política. Isto porque, o precedente não escrito é fruto de uma prática, ou seja, de um comportamento. Contudo, a prática só será precedente se houver a decisão de que aquele caso solucionado baseado em um comportamento entre para o rol dos casos que devam servir de parâmetro para as situações futuras.

Por isso, relativamente às práticas constitucionais nos sistemas de constituição escrita e rígida, para se entender qual seria a essência da prática (praxe) faz-se necessário abstrair-se a esfera constitucional. Ou seja, qual seria o valor jurídico de uma prática, seja ela constitucional ou não. Pois o caráter constitucional diz respeito apenas à matéria em que a prática se manifestará. Com isso, como se pretende demonstrar nesta dissertação, a prática não possui juridicidade quanto à sua essência, vale dizer, o comportamento consubstanciado em uma prática não possui valor jurídico por si só. Isto porque, como se nota na doutrina italiana e francesa, tem-se atribuído às práticas constitucionais obrigatoriedade jurídica, ora se dizendo que são normas jurídicas, ora se dizendo que não são jurídicas, mas que são obrigatórias.

Se as práticas não possuem juridicidade na esfera infraconstitucional é porque não possuem natureza de norma jurídica, tampouco de obrigatoriedade. O que ocorre é que, como se busca demonstrar ao longo deste trabalho, há a tentativa de, dentro de um sistema constitucional de constituição escrita e rígida, transformar meras condutas (práticas) em convenções constitucionais inglesas. Note-se que sequer na Inglaterra as meras práticas são obrigatórias, pois estas seriam apenas

precedentes e, como será visto, o precedente é apenas uma das etapas para se criar uma convenção constitucional.

8.3 Convenções Constitucionais

8.3.1 Noções Fundamentais

Chamadas originalmente de “conventions of the constitution” ou simplesmente “conventions”, aqui serão apresentadas algumas noções fundamentais, as quais serão desenvolvidas nesta Parte II e posteriormente na Parte III deste trabalho.

Jorge Miranda as divide em dois grupos, um de matriz francesa e outro de matriz britânica.

Para o de matriz francesa, as convenções constitucionais seriam “acordos ou consensos, explícitos ou implícitos, entre os protagonistas da vida político-constitucional”¹⁹³.

Já para os de matriz britânica (Inglaterra e Estados Unidos), assevera estarem tais convenções “ou a meio caminho entre usos e costumes; ou como expressão de uma juridicidade não formal e específica (sem controlo judicial e sem outras sanções a não ser a política), ou ainda, como ordem normativa *sui generis*, irreduzível às categorias habitualmente estudadas”¹⁹⁴.

Com isso nota-se que os ensinamentos de Hsü Dau-Lin coincidem com as lições de Jorge Miranda, quando aquele diz que as *conventions of the constitution* e as *usages of the constitution* foram equivocadamente traduzidas no direito alemão como direito consuetudinário, passando a partir daí a haver a confusão conceitual e a adoção de tais conceitos como normas consuetudinárias¹⁹⁵.

Ensina-nos Hsü Dau-Lin que as *conventions* e as *usages* sequer são direito e não há controle judicial sobre elas¹⁹⁶.

¹⁹³ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 166.

¹⁹⁴ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 166.

¹⁹⁵ HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la constitucion, traduccion Pablo Lucas Verdú e Christian Förster*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, s/d., p. 137.

¹⁹⁶ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 131.

Como se verá mais a frente, as convenções possuem características peculiares de modificarem-se tão facilmente e com frequência, bem como possuem elasticidade, não podendo as “conventions” ser qualificadas como normas jurídicas, como normas de direito constitucional (ou seja, não são “Law”, no sentido inglês, onde os tribunais podem fazer valer seu cumprimento)¹⁹⁷.

E diante do fato de que todas essas figuras de usos e práticas (praxes, precedentes e convenções) não seriam sequer direito, como poderiam criar normas (no sentido de direito) constitucionais não escritas válidas?

Tais considerações sobre esta indagação serão abordadas mais a frente quando das considerações de ordem crítica e comparativa relativamente aos costumes constitucionais e aos costumes parlamentares, na Parte III desta dissertação.

Para Hsü Dau-Lin as convenções constitucionais “são convenções, entendimentos, hábitos, ou práticas que regulam a conduta dos diversos membros do poder soberano.”¹⁹⁸.

Desta conceituação feita pelo Autor e baseada na origem inglesa das convenções, percebe-se que é dito que as convenções “regulam a conduta dos diversos membros do poder soberano”. Constata-se que desta noção surgiu a ideia defendida por Carlo Girola e Carmelo Carbone de que os costumes constitucionais são originários dos sujeitos titulares dos órgãos imediatos do Estado, pois na Itália (e também na França) estes sujeitos titulares dos órgãos imediatos do Estado são os membros do poder soberano citados por Hsü Dau-Lin.

Ainda, podem ser definidas como sendo costumes ou entendimentos sobre o modo mediante o qual os diversos membros do corpo legislativo exercem discricionariamente a autoridade, sendo chamadas inclusive por Dicey de prerrogativa da coroa ou privilégios do parlamento¹⁹⁹.

Além disso, nos informa o Autor que as convenções podem ser definidas como “costumes ou entendimentos sobre um modo mediante o qual os diversos membros do corpo legislativo exercem discricionariamente a autoridade”. Como se nota, a ideia de membros do poder soberano citada está relacionada com os membros do corpo legislativo inglês, pois na Inglaterra o Governo e o Poder

¹⁹⁷ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 135.

¹⁹⁸ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 131.

¹⁹⁹ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 132.

Legislativo estão consubstanciados dentro do parlamento, bem como a coroa britânica não dita as normas do sistema constitucional inglês. Já nos países continentais de constituição escrita, não se dá desta forma, pois, inclusive, o poder judiciário tem autoridade para rever os atos do parlamento e do Governo, bem como a autoridade citada não é exercida somente pelo parlamento, o que não condiz com a argumentação de dos Autores italianos acima citados.

Citando Dicey, Hsü Dau-Lin traz a distinção na Inglaterra de direito constitucional (“law of the constitution”) e “conventions of the constitution” (convenções da constituição).

As regras oriundas de “law of the constitution” são todas as regras que, direta ou indiretamente, disponham sobre a distribuição ou exercício do poder soberano no Estado²⁰⁰.

Acrescenta ainda que tais regras (*law of the constitution*) são direito em sentido estrito, posto que são regras tanto escritas como não escritas e que são ditadas mediante estatutos (leis) ou derivadas de uma massa de costumes, tradições ou de criação judicial, conhecidas como “commow law”, sendo ditadas com caráter obrigatório pelos tribunais²⁰¹.

Já as regras das *conventions of the constitution* “em realidade não são leis em absoluto, posto que não podem se fazerem valer pelo tribunais”²⁰².

Como exemplos do “law of the constitution” inglês, podem ser citados a regra não escrita “the king can do no wrong”, ao passo que como norma escrita está a prescrição de que “a coroa não tem poder algum para dispensar a obrigação de cumprir a lei”²⁰³.

Não obstante tal diferenciação, na qual o direito constitucional inglês é lei (direito) em sentido estrito e as convenções constitucionais não, Hsü Dau-Lin, também citando Dicey, informa que em realidade as *conventions* são mais importantes que as leis²⁰⁴.

Também são citadas como características das “conventions of the constitution” a elasticidade e a capacidade de modificação discricionária e constante, a qualquer momento e informalmente. Acrescenta o Autor que as convenções

²⁰⁰ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 131.

²⁰¹ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 131.

²⁰² HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 131.

²⁰³ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 132.

²⁰⁴ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 132.

variam de “geração a geração”, bem como, citando A. L. Lowell, é “impossível precisar as ‘conventions’ da constituição, porque estão constantemente mudando pelo processo geral de crescimento e queda, e enquanto algumas delas são universalmente aceitáveis, outras estão em um estado de incertezas”²⁰⁵.

Citando outros Autores, Hsü Dau-Lin informa que as convenções constitucionais mantiveram a vida constitucional inglesa sempre em movimento em relação ao desenvolvimento político (Koellreuter), bem como graças apenas às “conventions of the constitution” se pôde impedir até hoje a desintegração do império britânico (Leibholz)²⁰⁶.

Como afirmação conclusiva, diz que o conceito de convenções constitucionais é resultado natural e necessário da teoria constitucional inglesa e que tal conceito perde importância e não alcança sentido prático fora do direito constitucional inglês²⁰⁷. (grifo nosso)

Dessa forma, ressalta-se que, diante do fato das características tão peculiares das “conventions” de modificarem-se tão facilmente e com frequência, bem como de possuírem elasticidade, as “conventions” não podem ser qualificadas como normas jurídicas, normas de direito constitucional (ou seja, não são “law”, no sentido inglês, onde os tribunais podem fazer valer seu cumprimento)²⁰⁸.

Isto porque as normas jurídicas (“law”) precisam ser constantes (segurança jurídica). Assim, tal separação entre “conventions of the constitution” como não sendo normas jurídicas e “law of the constitution” como sendo, é de fundamental importância para a própria garantia do conceito de “law of the constitution”²⁰⁹.

8.3.2 “Usages of the Constitution” (Estados Unidos)

Quanto ao sistema constitucional norte americano e as respectivas práticas ou formas de se concretizar a constituição americana, Hsü Dau-Lin esclarece que estas se denominam “usages of the constitution” e as define da seguinte forma: “É precisamente o conceito das ‘conventions of the constitution’ da

²⁰⁵ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 133.

²⁰⁶ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 133.

²⁰⁷ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 134.

²⁰⁸ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 135.

²⁰⁹ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 135.

teoria constitucional inglesa que aqui apenas recebe outro nome”. Ou seja, são regras não escritas que versam sobre o funcionamento da constituição²¹⁰.

Diante disso, quanto aos “usages”, remete-se ao que foi dito quanto às “conventions”.

Necessário se faz acrescentar, no entanto, importantes observações extraídas da obra de Hsü Dau-Lin que muito esclarecem sobre as ideias atuais de costumes e práticas constitucionais como capazes de gerarem normas constitucionais não escritas válidas.

Observa o Autor alguns equívocos disseminados quanto ao tema dos “usages of the constitution”, elencados abaixo²¹¹:

a) Na Alemanha, por equívoco de tradução, já se entendeu que os “usages” eram direito consuetudinário²¹²;

Com isso, esclarece o Autor que tal assertiva de ser os *usages* direito consuetudinário não é correta, pois os “usages” não são direito (da mesma forma que as “conventions of the constitution” também não o são), além de que nem sempre serem consuetudinários²¹³.

b) Outro equívoco é o de classificar os “usages” como direito não escrito norte americano²¹⁴;

Isto porque, da mesma forma que a Inglaterra, os Estados Unidos também possuem um direito constitucional não escrito e outro escrito. Talvez a confusão se dê uma vez que, diferentemente da Inglaterra, os Estados Unidos possuem uma constituição escrita²¹⁵.

Mas, como esclarece o Autor, o direito constitucional não escrito norte americano é o “commow law of the constitution”²¹⁶.

c) Outro ponto interessante é a razão pela qual nos Estados Unidos não se adotou a palavra “conventions” para designar as convenções, entendimentos, hábitos, ou práticas que regulam a conduta dos diversos membros do poder soberano²¹⁷.

²¹⁰ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹¹ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹² HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹³ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁴ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁵ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁶ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁷ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

Tal ocorreu porque, no sistema jurídico norte americano, tecnicamente, “conventions” (convenções) é empregado não no sentido britânico de acordo, mas sim no sentido de reunião ou assembléia.

Assim, nos Estados Unidos, “constitutional conventions” é a designação para a assembleia nacional constituinte americana²¹⁸.

9. Breve Panorama Comparado das Convenções Constitucionais

9.1 Na Doutrina Inglesa

9.1.1 Origem do Termo, Espécies, Características e Relevância

A expressão “convention” foi criada por Dicey em 1885, ocasião em que este estabeleceu que existiam duas espécies de normas relativas à constituição britânica, destacando que tanto uma quanto outra norma eram importantes. Assim, estabeleceu este Autor a existência da “the laws of the constitution” e das “conventions”. Aquelas possuem a característica de poderem ser impostas por um tribunal. Estas caracterizam-se por não poderem ser impostas por um tribunal. De seu próprio nome se extrai que tais normas baseiam-se mais na ideia de aquiescência ou consentimento, do que na de uma imposição, pois tratam-se de convenções relativas ao comportamento cotidiano. Um dos pontos que tornam as convenções importantes é o seu papel de destaque na condução das pessoas encarregadas do governo e do funcionamento da constituição, chegando mesmo a ser consideradas de extraordinária importância no Reino Unido, muito mais que os costumes e as práticas²¹⁹.

9.1.2 As convenções no Reino Unido e nos Estados Unidos

As convenções tiveram maior importância dentro da constituição britânica do que eventualmente em qualquer outra. A razão disto é a ausência no Reino Unido de uma constituição escrita e da separação dos poderes. Já nos Estados

²¹⁸ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 137.

²¹⁹ I. N. STEVENS, *Constitutional and administrative Law*, 2ª edition, London: Pitman Publishing, 1993, p. 36.

Unidos da América, o qual possui constituição escrita e separação de poderes, as convenções atuam de uma maneira muito menor, uma vez que a própria constituição fornece as regras necessárias e o respectivo sistema de freios e contrapesos, o qual é fornecido no Reino Unido por meio das convenções. Isso não significa, de qualquer forma, que as convenções são completamente desconhecidas nos Estados Unidos da América. Por exemplo, a possibilidade de o Presidente americano poder concorrer a dois mandatos era considerada uma convenção. No entanto, Franklin Roosevelt acabou sendo eleito para um terceiro mandato (vale mencionar que tal decorreu de circunstâncias excepcionais oriundas da Segunda Grande Guerra) e ainda em 1945 a um quarto mandato (em consequência disto o Congresso criou a 22ª Emenda da Constituição americana, a qual proíbe a reeleição por mais de dois mandatos). Outro exemplo, é que os detalhes relativos aos procedimentos para eleição do Presidente são particularmente orientados por convenções, como se fosse um “sistema Americano de Gabinete”²²⁰.

O Autor chama os “usages of the constitution” americanos de convenções constitucionais, a demonstrar o acerto da colocação de Hsü Dau-Lin de que nos Estados Unidos as convenções são chamadas de “usages”, mas que são a mesma coisa e têm a mesma finalidade em ambos os sistemas constitucionais. Ou seja, é o mesmo instituto, mas com nomes diferentes.

9.1.3 Funções das Convenções

O Autor cita Hood Philips, o qual diz que as convenções são “meios de se trazer o desenvolvimento constitucional sem mudanças formais do direito”. ainda, que esta afirmação deve ser entendida num contexto histórico, uma vez que sob essa forma muitas convenções são atualmente estabelecidas (em alguns casos a maioria delas), diferentemente das leis. As leis podem ser facilmente modificadas por uma simples lei parlamentar. Uma das razões disso é que os acordos contidos nas convenções se adaptam melhor para aquelas partes da constituição que são muito importantes para serem tais acordos incluídos dentro das leis. Anota o Autor que, não obstante isso possa parecer algo inapropriado, em realidade não o é, pois as convenções são distintas das leis, significando que aquelas áreas nas quais as

²²⁰ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 37.

convenções atuam não podem, estritamente falando, serem derrubadas pelos tribunais por meio de sua interpretação ou aplicação. Este é o ponto principal quanto às funções das convenções, uma vez que elas preservam o equilíbrio do poder entre as pessoas que exercem autoridade dentro da constituição britânica e também entre os três órgãos do poder em particular, bem como garantem a responsabilidade dentro do governo, seja direta ou indiretamente²²¹.

9.1.4 Estabelecimento das Convenções

Via de regra, a maioria das convenções são estabelecidas por meio de usos. Mas isto não significa, no entanto, que para se transformarem numa convenção devam aqueles existir há muito tempo, justamente porque as convenções são diferentes dos costumes (no sentido de direito costumeiro) quanto a este aspecto em particular. Acrescenta o Autor que a maioria das convenções começou depois da Revolução de 1688, e muitas não apareceram até o final do século XIX ou início do século XX, sendo que algumas ainda estão surgindo nos dias de hoje. Além disso, as convenções não nascem necessariamente com base num único precedente, diferentemente das regras surgidas dentro do “common law”²²².

Nesta linha, podem existir alguns elementos de incerteza em torno de sua prática antes desta se tornar suficientemente bem estabelecida para ser considerada uma convenção. De acordo com Ivor Jennings, existem dois requisitos para ser estabelecida uma convenção: 1) o fato de aquela regra ser geralmente aceita como sendo vinculante (ou obrigatória) em relação àqueles aos quais a regra se aplica; 2) algum propósito constitucional possa ser extraído do contexto no qual a regra emerge. Por exemplo, cita o Autor a convenção que o Primeiro-Ministro tem que ser oriundo da Câmara dos Comuns. Esta é uma convenção relativamente nova, que não se tornou totalmente estabelecida até 1963. Até aquele tempo havia ainda a possibilidade de o Primeiro-Ministro ser oriundo da Câmara dos Lordes. Em 1923, no entanto, o rei George V foi aconselhado a não apontar Lorde Cunzon como Primeiro-Ministro porque ele era um nobre. O princípio não estava totalmente testado até 1963 quando, ao ser indicado Lorde Home para se tornar Primeiro-Ministro, este se sentiu obrigado a se utilizar da nova lei relativa à nobreza que havia

²²¹ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 37-38.

²²² I. N. STEVENS, *op. cit.*, p.38.

sido recentemente decretada e renunciou ao seu título de nobreza, fazendo com que ele se tornasse elegível para o cargo de Primeiro-Ministro como um representante dos Comuns²²³.

9.1.5 Porque as Convenções Devem ser Observadas

Segundo o Autor, dentre as regras não legais, ou seja, as convenções constitucionais e os costumes (não os do direito costumeiro), foi mencionado como fator de diferenciação entre elas o caráter obrigatório e vinculante àqueles aos quais são aplicadas (presente nas convenções e ausente no costume cerimonial e simbólico). Ainda, diz que esse sentido de obrigação não é desprovido de fundamento, pois um estudo a respeito da história constitucional demonstraria que são duas razões específicas que na prática determinam o porquê das convenções devem ser observadas²²⁴.

Em primeiro lugar, sua violação significaria a quebra do direito. Como já visto e citado por Dicey, se uma convenção (ou ao menos uma importante convenção) é violada, cedo ou tarde isto irá se transformar numa quebra do direito. Por exemplo, é somente por convenção que o Parlamento deve se encontrar pelo menos uma vez por ano (na prática o Parlamento se reúne várias vezes por ano)²²⁵.

Em segundo lugar, tal violação também pode acarretar alteração do direito. Dessa forma, se uma importante convenção não é observada, o Parlamento alterará o direito para prevenir a repetição desta quebra²²⁶.

Como exemplo citado de tal situação, em 1909, quando a Câmara dos Lordes desobedeceu a convenção pela qual os Lordes deveriam dar preferência à manifestação da Câmara dos Comuns (uma vez que esta é a Câmara eleita), os Comuns promoveram o “Parliament Bill”. Isso ocorreu em 1911 e transformou-se em “Parliament Act”, o qual passou a produzir o efeito de remover o poder dos Lordes de analisar previamente as leis, passando esta análise prévia aos Comuns, alterando, assim, o antigo poder dos Lordes²²⁷.

²²³ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 38.

²²⁴ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 39.

²²⁵ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 39.

²²⁶ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 39.

²²⁷ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 39.

9.1.6 Convenções, Costumes e Leis: Relações e Diferenças Fundamentais

Como esclarece o Autor, quanto às relações e diferenças entre as convenções, costumes e leis, as convenções são relacionadas às ligações que atualmente existem naqueles aos quais elas se aplicam e que neste sentido elas são como que mais próximas das leis do que dos costumes. Além disso, as convenções possuem distinções no seu papel constitucional, diferentemente da maioria dos costumes, os quais via de regra possuem apenas um valor histórico ou cerimonial. Como exemplos destes costumes podem ser citados a cerimônia em torno da abertura do parlamento, bem como o ritual do “Chancellor of the Exchequer”²²⁸ em que seu discurso de orçamento é levado até a Câmara dos Comuns dentro de uma pasta vermelha²²⁹.

Ainda, via de regra, a maioria das convenções são estabelecidas por meio de usos. Mas isto não significa, no entanto, que para se transformarem numa convenção devam aqueles existir há muito tempo, justamente porque as convenções são diferentes dos costumes (no sentido de direito costumeiro) quanto a este aspecto em particular. Além disso, as convenções não nascem necessariamente com base num único precedente, diferentemente das regras surgidas dentro do “common law”²³⁰.

São citadas pelo Autor numerosas vantagens resultantes do sistema de convenções, as quais se perderiam caso estas fossem transformadas em leis. Como exemplos de tais vantagens são citados a flexibilidade, o equilíbrio do poder e o caráter democrático²³¹.

Flexibilidade. A constituição britânica é descrita como flexível em oposição à rigidez. Parte desta flexibilidade situa-se dentro do sistema das convenções, pelas quais (conforme a já citação de Hood Philips) o desenvolvimento e alterações constitucionais podem ocorrer sem a necessidade de mudanças formais na lei, sendo que isto pode ser visto de maneira mais clara na comparação com a constituição americana onde qualquer mudança na constituição tem de ser feita através de procedimentos previstos no art. 5ª daquela constituição²³².

²²⁸ Ministro das finanças britânico.

²²⁹ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 36.

²³⁰ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 38.

²³¹ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 40.

²³² I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 40.

Equilíbrio do poder. Prefere-se que certas regras sejam convenções ao invés de leis, significando que as Cortes acabam possuindo pouca autoridade para interpretá-las ou aplicá-las. Assim, a convenção possui caráter preventivo em relação ao poder judiciário para que este não adquira muito poder (isto porque no Reino Unido o poder judiciário não responde perante o eleitorado)²³³.

Democracia. No Reino Unido as convenções são um importante aspecto do processo democrático, pois elas ajudam a garantir que o governo seja responsável, ao menos indiretamente, perante a população. Na ausência da separação dos poderes, elas acabam sendo um mecanismo mais efetivo para se atingi-lo. Como ainda anota o Autor, para atingir os mesmos fins pelos meios legais seria necessário, com efeito, o completo refazimento da constituição britânica. Por exemplo, é por uma convenção que o líder de um partido político que vence a eleição geral pode formar o governo. Outro exemplo é o de que a existência dos partidos políticos não é ela mesma um requisito legal²³⁴.

Como já visto, na Inglaterra, as convenções, os costumes e as leis não se confundem. Ainda, o sistema constitucional consuetudinário inglês, pelo que se depreende dos ensinamentos de I. N. Stevens, é composto pelas convenções, costumes, leis e as normas da “common law”, sendo que tais espécies diferem-se umas das outras, pois cada qual tem sua função em face de suas características conceituais.

Também, o costume possui dois tipos, ou seja, o costume simbólico e cerimonial, bem como o costume classificado como direito costumeiro. O primeiro é incluído nas regras não legais, ao passo que o segundo dentro das legais, pois este pode ser imposto pelos tribunais ao passo que aquele não. Como se viu, na Inglaterra, não é o caráter de obrigatoriedade que é a principal diferença entre uma regra legal e não legal, mas, sim, a possibilidade de os tribunais imporem sua aplicação ou não, ou seja, o poder de os tribunais intervirem nas relações disciplinadas por cada tipo de regra.

Isto porque, como se viu, as convenções são obrigatórias e são regras não legais, bem como os costumes (não os da classe do direito costumeiro) não possuem obrigatoriedade e também integram a categoria das regras não legais.

²³³ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 40.

²³⁴ I. N. STEVENS, *op. cit.*, p. 39-40.

E, segundo a concepção inglesa, pelo que se depreende, são justamente as regras não legais que disciplinam as questões consideradas mais importantes para o país. Os tribunais, por essa razão, não podem interferir nos assuntos reservados às regras não legais em face de que estes não possuem responsabilidade política. É uma direta limitação de poder aos tribunais como um dos instrumentos do sistema de freios e contrapesos inglês. Isto ocorre porque, como é o parlamento que responde politicamente, uma eventual interferência nos trabalhos do parlamento, com a respectiva diminuição de sua liberdade de ação ou de decisão, implicaria na possível responsabilidade política interna (com a queda do Governo) ou externa (reprovação nas urnas pela população), ocasionada pela ingerência de outro poder. O Parlamento assume toda a responsabilidade por seus atos, mas exige total liberdade de ação e de decisão. É a razão de ser da soberania do parlamento.

Vê-se, com isso, que as convenções são regras não legais, ao passo que os costumes podem ser regras legais ou não legais, a depender de sua natureza. Ou seja, caso o costume tenha natureza simbólica ou cerimonial este será uma regra não legal. Na hipótese de o costume ter natureza de norma jurídica em face de ter nascido de uma conduta habitual e permanente, por certo período de tempo, revestida da consciência de sua obrigatoriedade, ou seja, uma norma de direito costumeiro, este costume pode ser imposto pelos tribunais, justamente por ser direito. Este último é o direito costumeiro baseado no costume jurídico e que é utilizado pelos sistemas continentais citados nesta dissertação, espécie de costume que também se aplica a muitos países como, por exemplo, o Brasil. É o costume jurídico tradicional já exposto nesta dissertação na Parte III.

Também se verificou que as convenções não estão presas ao fator tempo para sua criação, mas via de regra não se baseiam em um único precedente, diferentemente do que ocorre no “common law”. Ainda, como fator de diferenciação das convenções e dos costumes da classe do direito consuetudinário, estes dependem necessariamente do fator tempo e da habitualidade, não podendo ser criados com base em um ato ou poucos atos, bem como em breve intervalo de tempo. Tal questão será desenvolvida na Parte III deste trabalho.

Disso tudo decorre a preferência pelas convenções constitucionais ao invés das leis. Como se verificou das vantagens convencionais, as convenções possuem três vertentes de funcionamento que as torna superiores às leis do ponto

de vista político. Sua flexibilidade garante agilidade e liberdade de ação e de decisão, bem como se constitui como um dos fatores que preservaram a Inglaterra das rupturas constitucionais. O aspecto do equilíbrio do poder é o outro lado da característica da flexibilidade, pois afastando a ingerência de órgão externo (o poder judiciário) a controlar a atividade legislativa, garante sua liberdade no desempenho de suas funções, sejam políticas, sejam jurídicas, bem como afasta os tribunais das relações entre o parlamento e a Coroa.

Quanto à terceira e última vantagem, o caráter democrático é garantido também pelas convenções, pois como já visto, por meio delas o parlamento chama para si toda a responsabilidade política, seja direta ou indiretamente. Ou seja, como o parlamento (a Câmara dos Comuns) foi eleito pelo povo, ele responderá apenas ao povo. Dessa forma, as convenções estabelecem um sistema de freios e contrapesos, garantem a liberdade do parlamento, dão a este o monopólio da responsabilidade política (com seus ônus e bônus), vale dizer, de ditar a vida política da Inglaterra, bem como são também um dos fatores que estabelecem a soberania do parlamento, traduzindo-se todas estas questões na elevação do parlamento britânico à condição de ser o protagonista do sistema constitucional inglês.

9.2 Na Doutrina Francesa

9.2.1 Noções sobre as Convenções e a “Transposição Livre”

De acordo com Pierre Avril, a concepção de convenção constitucional foi fruto de uma, como diz o próprio Autor, “transposição livre” para o sistema constitucional francês, passando este a conceituá-la como as regras não escritas sobre a maneira pelas quais os poderes jurídicos constituídos pela constituição devem ser exercidos, em conformidade com os princípios e convicções políticas atualmente reconhecidas²³⁵.

Pierre Avril ao tratar das convenções constitucionais francesas diz que estas na França foram fruto de uma “transposição livre” das mesmas para o sistema constitucional francês. Esta transposição livre, como se pretende demonstrar ao longo desta dissertação, não se deu apenas quanto às convenções constitucionais e

²³⁵ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 333.

tampouco ocorreram apenas na França. Na Itália a situação é similar. Além disso, como se verá mais a frente, não se trata em realidade de transposição, mas, sim, de sobreposição de sistemas constitucionais, bem como também se procurará demonstrar a impossibilidade de tal sobreposição de sistemas e que esta é a causa da impropriedade conceitual das convenções constitucionais e parlamentares, bem como dos costumes constitucionais e parlamentares, fora do sistema inglês.

Como já mencionado, Pierre Avril e Jean Gicquel tratam das práticas políticas dentro do parlamento e as apresentam com a característica de exprimirem o comportamento na esfera de atuação política trazendo, portanto, de forma mais acentuada o seu dever de obediência, sendo caracterizadas pela junção dos elementos de um uso associado a uma determinada função, no caso, a função política. Citam como exemplo as convenções parlamentares²³⁶.

Ainda na doutrina francesa, relativamente às convenções constitucionais, o posicionamento de Pierre Avril tem sido no sentido da aceitação ampla das mesmas, tomando como base os parâmetros ingleses.

Segundo Pierre Avril, as convenções são chamadas por John Stuart Mill de “máximas não escritas da constituição”²³⁷. Tais normas convencionais foram o instrumento utilizado para que a monarquia inglesa já limitada se transformasse no regime parlamentar como o conhecemos hoje sem que houvesse ruptura nas prerrogativas reconhecidas pelo “common law” à monarquia inglesa²³⁸. Ainda, Geoffrey Marshall, citando A. V. Dicey, anota que o objetivo das convenções é possibilitar que os ministros responsáveis possam exercer os poderes legais que foram obtidos formalmente pela coroa, em conformidade aos princípios do governo. Anotando, ainda, que na atualidade os Autores também apontam para as convenções a função de regulamentar também as relações entre o Primeiro-Ministro e o Gabinete, as relações entre a Câmara dos Comuns e o governo, bem como entre as duas Casas do parlamento inglês, além das relações entre a “commonwealth” e o Reino Unido, entre outras²³⁹.

²³⁶ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 18.

²³⁷ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 332.

²³⁸ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 332.

²³⁹ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 332.

Ainda, é estabelecido um *objetivo* às convenções no sentido de que estas são responsáveis para que seja alcançado o adequado e eficiente funcionamento do sistema de responsabilidade política do parlamento, chamada de “political accountability”. Quanto à *forma*, costumam ser estabelecidas em um sentido bem elástico, facilitando a sua aplicação, podendo apresentar-se como uma norma bastante clara em certas circunstâncias, mas ainda sujeita a discussões em outras, tudo a depender do caso a ser disciplinado pela respectiva convenção²⁴⁰.

As convenções possuem a *característica* de “estabelecerem direitos, deveres e obrigações não jurídicas (‘não-legais’) dos titulares das funções relevantes dos três ramos do governo, bem como as relações entre seus órgãos. Umas impondo os deveres (‘duty-imposing’), outras conferindo os direitos (‘right-conferring’)”²⁴¹.

As convenções possuem, portanto, também um duplo aspecto no estabelecimento de direitos, poderes e obrigações.

As convenções possuem o aspecto de instrumento limitador do exercício de um direito. Isto porque, muito embora as convenções atribuam direitos ou poderes, isto acaba por gerar como consequência um aspecto limitativo para aquele que se submete ao direito ou poder conferido ao outro. Assim, os direitos ou poderes de um órgão ou poder do Estado, geralmente discricionários, estabelecidos pela convenção, acabam por limitar a atuação ou exercício de direitos do outro órgão ou poder estatal. Neste sentido, entende-se que o efeito maior das convenções são restringir poderes ou direitos de um órgão na medida em que concede tais direitos e poderes a outro, nas relações de interdependência entre os órgãos constitucionais dentro do país²⁴².

Nessa relação de atribuição de poderes discricionários a um órgão que resulta na restrição dos poderes discricionários de outro, o titular de uma prerrogativa pode deixar de exercê-la em determinados casos e exercê-la em outros a seu critério, conforme as necessidades políticas do momento. Mas isto não significa que ao deixar de exercer tal prerrogativa o órgão perdeu o direito de usufruí-la. Esta margem de discricionariedade daquele que possui a prerrogativa em

²⁴⁰ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 332-333.

²⁴¹ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 332.

²⁴² PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 333.

exercê-la total ou parcialmente está diretamente ligada a uma margem maior ou menor de restrição à discricionariedade do exercício das funções do outro órgão que se submete à convenção.

O segundo aspecto que emerge das convenções é que elas não possuem capacidade para criar um direito oponível. Isto se dá pelo fato de que os direitos, poderes e obrigações conferidos pelas convenções não podem ser invocados por outros órgãos contra o órgão que não exerceu as faculdades que lhe eram conferidas por uma convenção²⁴³.

Como se nota, as convenções possuem dois aspectos que podem ser entendidos como aspectos que dizem respeito às duas possibilidades de atuação dos órgãos constitucionais. Significa dizer que o primeiro aspecto pode ser entendido como um *aspecto positivo*, traduzindo a ação daquele que detém direitos, poderes ou obrigações conferidas pela convenção. Aquele que tem a prerrogativa de agir, quer essa ação seja um direito, um poder ou uma obrigação.

Agindo (aspecto positivo) limita em maior ou menor medida, discricionariamente, os direitos, poderes ou obrigações do outro órgão, limitação esta que pode ser também em maior ou menor medida, tudo a depender da hipótese em que colocada em questão.

O segundo aspecto consubstancia-se em uma atitude omissiva por parte daquele que detém a prerrogativa de agir, configurando-se um *aspecto negativo*. Ou seja, aquele que deixa de exercer as faculdades ou deveres estabelecidos por uma convenção ao decidir discricionariamente não exercê-los de forma total ou parcial, não os perde, sendo neste sentido que a convenção não cria um direito oponível, pois não pode ser invocada tal abstenção por parte do titular da prerrogativa contra ele mesmo, a fim de que este perca a prerrogativa sob a alegação de que teria renunciado a esta.

Nota-se, portanto, que em sede de convenções constitucionais não há a figura do desuso, pois ainda que uma prerrogativa não seja usada por um período indeterminado de tempo, isto não significa que esta foi renunciada ou revogada, uma vez que em sede de convenções constitucionais a discricionariedade é dúplice, tanto no sentido de agir como no de não agir, total ou parcialmente.

²⁴³ PIERRE AVRIL, *Les "conventions de la constitution"*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 333.

Se mesmo na Inglaterra as convenções constitucionais não perdem a sua obrigatoriedade em face de sua eventual não observância, total ou parcial, ou seja, pelo desuso, não seria também possível o desuso para os sistemas constitucionais baseados em uma constituição escrita e rígida. Isto porque, como se pretende demonstrar, os costumes constitucionais ou parlamentares estariam a fazer o papel das convenções constitucionais, mas apenas sob o rótulo de costumes constitucionais.

Portanto, não é a efetividade que determina a obrigatoriedade de uma norma, seja ela expressa ou tácita, interna ou externa, bem como constitucional ou infraconstitucional, como já foi visto na doutrina inglesa.

Outra questão relativa às convenções é que o *aspecto positivo* também pode ser denominado de *aspecto ativo*, ao passo que o *aspecto negativo* pode ser chamado de *aspecto passivo*. O primeiro a traduzir uma *ação* e o segundo a traduzir uma *omissão* do titular da convenção.

Denota-se que esse aspecto (por meio de uma ação criar a possibilidade de um poder limitar a atuação do outro), traz em contrapartida o aspecto de diminuir a restrição da atuação de um poder por meio da convenção. Ou seja, em uma convenção onde normalmente um poder deveria agir com a consequente limitação do outro poder que recebe a ação, na medida em que o poder age em menor medida ou simplesmente não age, diminui em menor medida também, ou simplesmente não diminui, a atuação do outro poder que se submeteria à convenção, aumentando portanto a atuação daquele poder que a princípio não poderia agir.

Outra constatação do sistema das convenções é que elas em realidade acabam por exercer também, além das funções já acima descritas, o papel de freios e contrapesos dentro do sistema parlamentar, consubstanciando, portanto, no sistema de governo parlamentarista uma forma particular dos “checks and balances”, diferentemente da configuração destes no sistema presidencialista de constituição escrita e rígida²⁴⁴.

Outra nota que merece registro quanto à sistemática deste sistema de freios e contrapesos convencionais é que ele pode ser exercido ou não, total ou parcialmente, por meio do aspecto positivo ou negativo acima expostos, o que ajuda

²⁴⁴ I. N. STEVENS, *Constitutional and administrative Law*, 2ª edition, London: Pitman Publishing, 1993, p. 37.

a explicar a grande harmonia do sistema parlamentar inglês e talvez seja uma das razões pelas quais não houve ruptura dentro do parlamentarismo.

Isto porque, diante da discricionariedade de ação ou omissão convencional, os órgãos de cúpula que compõem o sistema parlamentarista têm a possibilidade de evitar choques e crises institucionais, prevalecendo o entendimento não só jurídico, mas também político, entre os atores do parlamento, fazendo com que o sistema como um todo se preserve e busque a melhor solução dentro do momento e do caso concreto.

Em um país com constituição escrita e rígida tal flexibilidade das relações e inter-relações entre os poderes estatais não se faz possível, pois nestes o sistema de freios e contrapesos é obrigatório e previamente delimitado no texto constitucional, não permitindo a flexibilidade de seu uso, nem quanto à forma, nem quanto à iniciativa.

Conforme já se vislumbrou, as convenções são normas não escritas e geralmente definidas de forma bem genérica. Assim, surgiu a necessidade de se estabelecer um critério para o nascimento ou identificação de uma convenção constitucional, a fim de, também, evitar-se que qualquer prática ou comportamento dentro do parlamento automaticamente se transformar-se em uma convenção constitucional.

Dessa forma, surgiu o critério conhecido como “as três questões de Jennings”. Segundo W. Ivor Jennings, são necessárias três perguntas para se descobrir se um comportamento pode ser reconhecido ou transformado em convenção constitucional. Primeiro deve-se perguntar: existem os precedentes? Em seguida deve ser feita a seguinte indagação: nestes precedentes, os autores acreditam estar vinculados por uma regra (“bound by a rule”)? E por fim verifica-se: existe uma razão para esta regra?²⁴⁵

Quanto à primeira questão, fundamental é o aspecto relacionado aos precedentes, pois uma convenção constitucional é originada geralmente de precedentes que vão antecedendo-lhe. Relativamente à segunda questão, esta visa averiguar se há um sentimento de obrigação a ser cumprida resultante dos precedentes sobre a questão. E, por fim, se há uma razão, um fundamento lógico e

²⁴⁵ JEAN-PIERRE CAMBY, *A propos de “conventions” de la constitution*, Revue du Droit Public et de la science politique en France et L'étranger, Número 1, Paris: L.G.D.J., 1988, p. 9; PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 336.

uma finalidade para esta regra²⁴⁶. Outrossim, como anota Pierre Avril, a criação de uma convenção e qual convenção será criada estão diretamente relacionadas com a questão das maiorias e minorias parlamentares dentro da(s) Casa(s) legislativa(s)²⁴⁷.

9.3 Na Doutrina Italiana

9.3.1 Riccardo Guastini

9.3.1.1 Convenções Constitucionais

A expressão convenção constitucional designa uma maneira de acordo ou de entendimento tácitos entre os titulares dos órgãos constitucionais (ou entre as forças políticas). De tais normas nascem regras de comportamentos não escritas destinadas normalmente a integrar a norma constitucional, colmatando assim as normas da constituição²⁴⁸.

9.3.1.2 Semelhanças e Diferenças entre Costumes e Convenções Constitucionais

Quanto às semelhanças, aos costumes constitucionais podem também ser alinhadas as convenções constitucionais. Da mesma forma que os costumes constitucionais, as convenções constitucionais também não são previstas pela constituição. Contudo, para o Autor, é pacífico que as convenções atuam como fontes “extra ordinem”, as quais se impõem somente em virtude do princípio da efetividade²⁴⁹. Como se verá na Parte III desta dissertação, o citado Autor tem a mesma posição a respeito dos costumes constitucionais como fonte “extra ordinem”.

Relativamente às diferenças entre ambos os tipos, aponta o Autor que a regra convencional não nasce sempre de um comportamento uniformemente repetido por um longo período de tempo: seu nascimento pode ocorrer de apenas

²⁴⁶ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 336-338.

²⁴⁷ PIERRE AVRIL, *Les “conventions de la constitution”*, Revue Française de Droit Constitutionnel, Número 14, Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 338.

²⁴⁸ RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano: Giuffrè, 1993, p 265.

²⁴⁹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 265.

um precedente. Além disso, a regra convencional não é suscetível de controle jurisdicional, sendo que a sua violação é desprovida de qualquer remédio jurídico. Ainda, e justamente por esta razão, a convenção é sempre modificável ou revogável. Por fim, a convenção tem uma eficácia, por assim dizer, apenas contingente, no sentido que são destinadas a perder a eficácia na presença de situações político-constitucionais diversas daquela que propiciaram a sua formação²⁵⁰.

Não obstante, anota o Autor não ser fácil, de maneira concreta, estabelecer uma clara linha de demarcação entre as normas consuetudinárias e convencionais. Pois entende Riccardo Guastini que alguns casos são considerados convenções (e, portanto, derogáveis), ao passo que outros são considerados algumas vezes consuetudinários (e, portanto, obrigatórios) e vice-versa²⁵¹.

9.3.1.3 Costumes e Normas de Correção

Na visão do Autor, em outras palavras, há costume quando o comportamento é exercido com regularidade e observado na prática, bem como acompanhado da ideia de que tal comportamento deve ser obedecido (diversamente daqueles comportamentos que nós fazemos como simples hábitos ou então como normas não jurídicas, mas de outra natureza: normas de etiqueta, normas de correção constitucional etc.). Manifesta-se exteriormente a ideia de que certa conduta seja obedecida sempre que os interessados usam-na nas suas relações como expressão valorativa ou prescritiva. Por exemplo, exigindo que outros se comportem de certo modo, com a aprovação expressiva do comportamento aprovado e a respectiva reprovação do comportamento que não segue o costume²⁵².

Como se percebe do entendimento do Autor, embora este diga que costumes e convenções sejam diferentes (e realmente o são), Riccardo Guastini acaba indiretamente por criar diferenças apenas circunstanciais e não essenciais. Isto porque, ao final de sua exposição, o Autor diz que “em outras palavras” haveria costume sempre que uma norma fosse seguida em face da consciência de sua obrigatoriedade. Mas, se observarmos, tanto o costume, as convenções e as normas de correção também o são. Nos três tipos de normas (ou regras) há uma conduta

²⁵⁰ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 266.

²⁵¹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 266.

²⁵² RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 258.

que se adota somada à noção que esta deve ser seguida. Isto também ocorre nas convenções e nas normas de correção. Mesmo estas últimas devem ser seguidas. Seu descumprimento não traz consequências jurídicas ou políticas, mas há nelas a ideia de um modelo de conduta a ser seguido.

Esta é mais uma constatação de que a noção de costume defendida pela doutrina que sustenta a existência válida dos costumes constitucionais ilimitados não possui sustentação jurídica, segundo a óptica defendida nesta dissertação. As três espécies de regras possuem a mesma ideia fundamental: modelo de conduta baseado na noção de que este deve ser seguido, ou seja, de que é obrigatório. Justamente por isso que não existe costume jurídico como fonte do direito sem o respectivo reconhecimento legal ou judicial. A teoria da força obrigatória (ou imperativo jurídico) atribuída ao costume constitucional diretamente pela vontade (na verdade, ação) dos agentes estatais, os quais representam a vontade do Estado, não possui vinculação com a teoria geral do direito, ou seja, com sua base científica. Tal questão será desenvolvida na Parte III desta dissertação.

A norma de correção é justamente um costume sem reconhecimento legal ou judicial. Caso houvesse tal reconhecimento, transformar-se-ia em costume jurídico cujo cumprimento poderia ser imposto pelo poder judiciário.

Como será desenvolvido posteriormente nesta dissertação, as convenções realmente diferem dos costumes jurídicos, mas não quanto à noção fundamental (hábito somado à ideia de obrigatoriedade). Com as convenções há situação particular, pois estas não existem fora da Inglaterra, sendo esta uma das questões principais que esta dissertação pretende demonstrar, como se verá mais a frente.

Por exemplo, o Autor afirma que as convenções são fontes “extra ordinem” e que se impõem pelo princípio da efetividade. Mas, em realidade, as convenções não são fonte “extra ordinem”, pois este tipo de fonte é aquela não prevista em lei, ou seja, “fora” do ordenamento jurídico. Na Inglaterra não há um elenco legal fechado das fontes do direito constitucional, como ocorre nos sistemas jurídicos continentais de direito escrito. Assim, as convenções são fontes *dentro* do direito inglês e não fora. Elas são a constituição inglesa aplicada na prática, como já visto. Além disso, não é o princípio da efetividade que garante seu caráter impositivo. Como já visto, excepcionalmente elas podem ser primeiro decididas e elaboradas para depois serem postas em prática. A efetividade, neste caso, é posterior e não anterior. O que garante seu caráter impositivo, ou seja, sua

obrigatoriedade, é a permanente possibilidade de o parlamento criar uma lei ou mudar a legislação para que o objetivo da convenção seja atingido, ou seja, não adianta descumpri-la, pois sua concretização é inevitável, além da responsabilidade política pelo descumprimento de uma convenção, como também já visto. Somado a isso, como complemento dessa autoridade das convenções, ninguém pode buscar junto ao poder judiciário britânico sua intervenção para que uma convenção seja cumprida ou descumprida. É a soberania do parlamento.

Assim, as convenções possuem diferenças quanto ao modo de formação e outros caracteres distintivos, como já visto e também como se verá mais adiante. Mas estas características únicas não podem existir sem uma constituição costumeira e sem a soberania do parlamento, instituto este que também só existe, efetivamente, na Inglaterra.

E o que se viu nestas colocações do Autor quando ao se tentar transferir as convenções para outros sistemas constitucionais é o que ocorre nos sistemas continentais expostos nesta dissertação. Há uma indefinição das definições ou generalizações de conceitos, gerando inadequações conceituais e falta de identificação adequada das espécies de normas ou regras em cada situação. Ressalte-se que tal indefinição não é desprovida de consequências jurídicas, pois cada espécie de regra traz uma consequência diferente pelo seu descumprimento.

É por esta razão que também o Autor disse ser difícil distinguir os costumes das convenções nos casos concretos. Tal dificuldade não decorre dos institutos em si, mas, sim, da *transposição livre* (como fala Pierre Avril na sua conceituação de convenções, como visto nesta dissertação) do instituto das convenções para o sistema francês, sendo que esta transposição tem acarretado os mesmos efeitos para outros sistemas constitucionais sem as características do sistema britânico. Efeitos estes consubstanciados na indefinição das definições com a consequente dificuldade de se identificar cada espécie de normas ou regras não escritas.

9.3.2 Carlo Girola

9.3.2.1 Normas de Correção, Praxes e Convenções Constitucionais

De acordo com o que foi dito sobre a posição exposta por Riccardo Guastini, também Carlo Girola acaba por gerar indefinições das definições, pois este Autor acaba por equiparar as normas de correção e as praxes às convenções constitucionais.

9.3.2.2 Normas de Correção Constitucional e as Convenções

Segundo o Autor, norma de correção constitucional não é direito; é moral política; é bom uso dos poderes discricionários; é o emprego da honra entre os partidos, educação política dos membros individualmente considerados, mútua deferência, respeito, cortesia entre os poderes públicos²⁵³.

Estas normas não possuem o imperativo jurídico, ou seja, o elemento formal que é próprio da norma jurídica e da norma de direito consuetudinário, seja este direito consuetudinário privado ou público, incluindo neste o direito constitucional²⁵⁴.

Complementando as observações de caráter crítico feitas à doutrina de Riccardo Guastini, segundo Carlo Girola a ação da vontade do Estado manifestada pelos agentes titulares dos órgãos imediatos por meio de suas relações dão às normas a força obrigatória. Mas como então as normas de correção não teriam essa força, pois também são fruto da vontade do Estado manifestada pela ação dos agentes titulares dos órgãos imediatos por meio de suas relações. Segundo esse posicionamento, as normas de correção deveriam ser iguais à lei.

Como forma de comparação e equiparação diz o Autor que “É então [portanto] que a chamada regra convencional do direito inglês, a qual é tão largamente estudada pela doutrina italiana e estrangeira, não é direito. Podem ser consideradas [as normas de correção e as convenções] como normas subsidiárias às normas jurídicas; podem também, por meio da vontade do Estado, transformar-se em norma jurídica; mas não são, portanto, por si só, normas jurídicas”²⁵⁵.

²⁵³ CARLO GIROLA, *Le consuetudini costituzionali*, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome III, Les sources des diverses branches du droit. Paris: Librairie du Recueil Sirey, s/d., p. 24-25.

²⁵⁴ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 25.

²⁵⁵ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 25.

Também no ordenamento jurídico inglês em que as normas consuetudinárias regulam muitas relações, muito mais restrita é a esfera de aplicação das convenções constitucionais postas pelo parlamento²⁵⁶.

O Autor diz que o campo de atuação das convenções inglesas é muito menor que o dos costumes constitucionais, sendo que tal fato, como já visto, é o inverso. Contudo, em outra parte de sua obra²⁵⁷ é dito o contrário, sendo afirmado que a esfera de atuação das convenções colocadas pelo parlamento é muito mais ampla que a dos costumes.

9.3.2.3 Os Costumes e as Convenções

Para o Autor as convenções são bem distintas dos costumes. Com efeito, também no ordenamento jurídico inglês o costume é imposto pela vontade do Estado. O imperativo jurídico, portanto, que dá eficácia aos costumes como fonte do direito não se encontra presente nas regras convencionais²⁵⁸.

Mas, considerando hipoteticamente ser adequada sua proposta (mencionada na Parte III desta dissertação) de que a vontade dos agentes imediatos do Estado representam a vontade deste e conferem de forma imediata a força obrigatória e o imperativo jurídico, pergunta-se: os membros do parlamento inglês não seriam agentes imediatos do Estado britânico? Pelo desenvolvimento das colocações do Autor, sim. Como, então, as convenções não teriam força obrigatória, pois que são o resultado da ação dos parlamentares ingleses?

9.3.2.4 As Praxes e as Convenções Constitucionais

Também aqui há a equiparação das convenções às praxes constitucionais. Segundo o Autor, ao se referir às convenções diz: “É certo, pois, que o campo próprio dentro do qual essa norma de praxe constitucional possa exercer sua influência é bem mais vasto do que a esfera limitada das relações que possam recair sobre a disciplina do direito consuetudinário”²⁵⁹.

²⁵⁶ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 25.

²⁵⁷ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁸ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 25-26.

²⁵⁹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 26.

Como já dito acima, a Autor agora diz o contrário do que acima exposto e consigna que o campo de atuação das convenções inglesas é muito maior que o dos costumes constitucionais.

Ainda, faz esta equiparação ao comparar o costume constitucional às convenções: “Em sentido contrário ao que acontece com os costumes constitucionais, as regras convencionais ou de praxe constitucional são aplicadas também e especialmente fora das relações entre os poderes executivos e legislativos”²⁶⁰.

Percebe-se a possível incongruência destas colocações, uma vez que, como já foi visto, as convenções constitucionais não se equiparam às praxes constitucionais. As convenções constitucionais possuem força obrigatória, além de terem um processo de formação diferente das praxes. Estas não possuem obrigatoriedade além de serem meros comportamentos, podendo se consubstanciar, no máximo, em um precedente, lembrando ainda que o precedente é apenas uma das etapas para a criação de uma convenção constitucional. Tal equiparação, a qual se acredita inadequada, entende-se ser fruto da já mencionada impossibilidade de sobreposição de sistemas constitucionais (inglês e continentais), o que acarreta as inadequações conceituais e a consequente indefinição das concepções.

Além disso, já se verificou também que na Inglaterra as convenções constitucionais servem principalmente para disciplinar as relações entre os poderes executivo e legislativo, além das relações com os outros poderes ou autoridades inglesas, diferentemente do que afirma o Autor. Nota-se que, como já dito acima, tal impropriedade é fruto da sobreposição de sistemas.

10. Costume Parlamentar

10.1 Na Doutrina Italiana

10.1.1 Vittorio Di Ciolo

São considerados como uma espécie dentro do gênero dos costumes constitucionais, sendo os aspectos distintivos nesta relação entre gênero e espécie a

²⁶⁰ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 26.

matéria objeto do costume, bem como o âmbito de aplicação desta espécie de costume, ou seja, tal regulamentação costumeira destina-se apenas a incidir dentro do parlamento para regulamentação de organização e funcionamento do mesmo²⁶¹.

No entendimento de Vittorio Di Ciolo, para que seja criado um costume parlamentar, assim como os outros costumes, é necessária a existência de dois elementos, sendo o primeiro “a estabilização de determinados comportamentos intersubjetivos verificáveis pela sua repetição no tempo” e o segundo a “opinio juris seu necessitatis”. Assim, faz-se necessário que haja uma convicção de que caso não seja seguido o comportamento adotado haverá uma sanção jurídica como consequência²⁶².

Destaca o Autor que os costumes parlamentares precisam ser estabilizados pela sua repetição no tempo, com isso reconhecendo que o tempo é fator fundamental para criação de um costume parlamentar, o que acarreta também o mesmo efeito para o costume constitucional, pois este é gênero do qual aquele é espécie. Isto acaba por contradizer toda a teoria aqui citada (francesa e italiana) de que os costumes constitucionais não dependem necessariamente do fator tempo para sua criação.

Somado a isso, o Autor também afirma que os costumes parlamentares possuem sanção jurídica, portanto, seriam normas não escritas jurídicas. Com isso, estaria descaracterizada a teoria dos atos “interna corporis” da doutrina italiana, uma vez que caso o costume parlamentar fosse uma norma jurídica provida de sanção, seu cumprimento ou descumprimento poderia ser buscado junto ao poder judiciário.

Sustenta o Autor a dificuldade prática de identificação entre uma convenção parlamentar e um costume parlamentar, pois declara que um dado comportamento social não se converte automaticamente em norma jurídica apenas pelo transcurso do tempo, bem como afirma ser verdade que, além disso, a repetição constante de uma regra pode revelar ou confirmar seu caráter jurídico²⁶³.

Quanto ao questionamento se é possível a existência de costumes constitucionais em um sistema dotado de constituição escrita e rígida (como ocorre no sistema italiano), reconhecendo que há discordâncias a respeito, filia-se o Autor à

²⁶¹ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 34.

²⁶² VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 35.

²⁶³ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 35.

posição (chamada pelo Autor de melhor doutrina) que reconhece a possibilidade de que ocorram costumes constitucionais. Relativamente aos costumes constitucionais integrativos (“*praeter constitutionem*”), argumenta o Autor que, em relação aos casos em que determinadas matérias sejam tratadas de forma mais rígida na constituição, é possível também a aplicação dos costumes integrativos, pois o caso concreto pode assim o exigir e não se pode considerar descartada de forma absoluta a existência de uma eventual lacuna mesmo nestes casos, a ser colmatada por meio do tipo de costume citado, além de que o caráter lacunoso da constituição é reconhecido pela doutrina²⁶⁴.

Quanto a estas questões postas pelo Autor, é necessário esclarecer que também aqui é feita uma ampliação ou generalização da noção de lacuna, pois sustenta que mesmo nos casos em que haja norma escrita regulamentando uma questão poderá haver lacuna. Assim, percebe-se que para tudo poderá haver lacuna e, dessa forma, jamais a constituição escrita poderia estabelecer limites ao próprio poder e às demais relações jurídicas de determinado país. Isto possibilitaria a criação de uma constituição não escrita paralela à escrita, acabando por tornar-se superior a esta.

A norma escrita não poderia ter seu alcance previamente estabelecido, o que acabaria com a segurança jurídica, pois sempre se encontraria uma possibilidade de ir além do texto escrito, sob o argumento de que tal situação não estaria prevista no respectivo texto e por isso seria uma lacuna. Vale lembrar que, muitas vezes, quando uma constituição não disciplina determinado assunto é, em realidade, justamente porque não o autoriza. A ausência de previsão constitucional pode significar proibição, bem como uma determinada extensão quanto à regulamentação pode significar exatamente o limite imposto dentro daquela matéria. Por fim, quando o Autor diz que a doutrina reconhece o caráter lacunoso da constituição, trata-se de uma verdade, mas que deve ser compreendida no sentido de que a lacuna não pode criar uma nova constituição paralela.

Por fim, a doutrina tradicional, ou seja, a doutrina que adota a teoria geral do direito, entende que há lacuna quando “o direito escrito é totalmente lacunoso, ou

²⁶⁴ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 35-36.

seja, não haja qualquer disposição expressa a respeito”²⁶⁵, o que diverge da concepção acima. Mais uma vez percebe-se que os costumes constitucionais ou parlamentares precisam se apartar da teoria geral do direito para justificar a sua validade.

10.1.2 Vincenzo Miceli

Segundo Vincenzo Miceli, as fontes do direito positivo, do direito propriamente dito, o direito que está sendo efetivamente aplicado, devem antes de tudo ser procuradas nos usos e nos costumes parlamentares. Ainda, no direito parlamentar o costume ocupa um posto eminente que existe no direito constitucional em geral, podendo ser até maior. Os costumes parlamentares devem representar em geral a parte mais viva e ativa, pelo incessante movimento de transformação, que são apresentados pela sua elasticidade que possuem e pela facilidade de adaptação do direito nas relações que são móveis e oscilantes, e que são próprias das assembleias parlamentares.²⁶⁶

Além disso, segundo o Autor, os costumes têm a vantagem de serem melhor obedecidos, seja porque em geral estão mais em harmonia com as necessidades, seja porque também a outra vantagem é a expressividade que lhes permite entenderem-se melhor com o caso análogo e semelhante. Por outro lado eles também têm um defeito que é a pouca clareza e precisão jurídicas.²⁶⁷

Como se nota, o Autor confunde costumes com convenções parlamentares, pois estas características de possuírem movimento de transformação, serem móveis e oscilantes, serem próprios das assembleias parlamentares, melhor obediência, flexibilidade, adaptação às necessidades, bem como forma genérica e menos precisa, são exatamente as características das convenções constitucionais e não dos costumes, pois estes precisam de estabilidade oriunda do decurso do tempo para se estabelecerem.

Somado a isso, suas noções, especialmente quanto a não se considerar o tempo como elemento dos costumes constitucionais e a releitura da noção de direito

²⁶⁵ RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano: Giuffrè, 1993, p 263.

²⁶⁶ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare*, estratto dalla *enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 8-9.

²⁶⁷ VINCENZO MICELI, *Principii di diritto parlamentare*, estratto dalla *enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910, p. 9.

positivo (efetividade chamada de direito positivo) aproximam suas ideias das de René Capitant.

11. Convenções Parlamentares

11.1 Na Doutrina Italiana

Para Vittorio Di Ciolo, as convenções parlamentares são uma espécie do gênero convenções constitucionais, entre as quais há identidade quanto à natureza e às características essenciais. Ela pode ser definida como “uma regra criada livremente pelos integrantes do parlamento por meio de acordos mais ou menos tácitos que são livremente alteráveis, ainda que pela vontade de um só dos sujeitos interessados”. Por esta razão se diz que não são regras jurídicas, mesmo porque também não podem ser exigidas ou impostas coercitivamente por uma autoridade distinta daqueles destinatários políticos da convenção²⁶⁸.

Também, mesmo não sendo considerada norma jurídica, a convenção parlamentar está ligada com o direito e por isso possui vários desdobramentos no campo jurídico. Podem destinar-se a servir de instrumento de interpretação da constituição²⁶⁹.

Pode ocorrer ainda que uma convenção parlamentar caso adquira as características próprias dos costumes (os elementos objetivo e o subjetivo), possa se transformar em uma norma consuetudinária, havendo então a transformação da convenção em uma norma jurídica, com a consequente coercibilidade própria desta²⁷⁰.

Como se nota, há a aplicação das convenções parlamentares ao sistema constitucional italiano, segundo Vittorio di Ciolo, o que confirma a transposição livre já citada por Pierre Avril. As convenções seriam espécie do gênero convenções constitucionais. Como foi visto, as convenções são acordos e, portanto, baseiam-se no consentimento, aquiescência, o que traduz a ideia de bilateralidade. No entanto, o Autor diz que as convenções parlamentares italianas podem ser alteradas

²⁶⁸ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 36.

²⁶⁹ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 36-37.

²⁷⁰ VITTORIO DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*, 2ª edizione, Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 38.

unilateralmente, o que pressupõe apenas a vontade de uma das partes envolvidas. Outro ponto a ser destacado é o de que não há esclarecimento como se daria a obrigatoriedade da convenção parlamentar italiana, pois é dito que não podem ser exigidas por autoridade distinta dos destinatários políticos, a significar que estes podem exigir seu cumprimento, ou seja, para estes ela possuiria obrigatoriedade. Mas de que forma? Qual seria a consequência do descumprimento? E se algum partido ou parlamentar recorresse ao judiciário italiano? No exemplo citado nesta dissertação de prática parlamentar italiana (prática do “coordinamento”), a Corte Suprema italiana já se posicionou no sentido que esta pode fazer a respectiva fiscalização de constitucionalidade de tal prática interna.

Além disso, coloca o Autor que a convenção parlamentar pode se transformar em costume constitucional, transformando aquela em norma jurídica com a consequente coercibilidade própria desta, como foi dito acima. Assim, constata-se que a convenção parlamentar pode se transformar em um costume parlamentar, o qual é espécie do gênero costume constitucional, o qual por sua vez equipara-se à norma constitucional escrita. Assim, a convenção parlamentar, depois de transformar-se em costume parlamentar, igualar-se-ia à constituição escrita nas questões internas do parlamento.

11.2 Na Doutrina Francesa

11.2.1 Tipos de Convenções Parlamentares

11.2.1.1 Convenções Parlamentares Interpretativas²⁷¹

Percebe-se que o Autor, ao falar em convenções parlamentares interpretativas, está fazendo alusão à mesma base teórica dos costumes “secundum legem” aplicados à atividade interna do parlamento. Dessa forma, tais convenções teriam função interpretativa e seriam vinculadas ao regulamento parlamentar como, portanto, forma de interpretação do mesmo. Seriam acordos quanto à interpretação do regulamento interno.

²⁷¹ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3ª édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 25.

11.2.1.2 Convenções Parlamentares Criativas²⁷²

Esta espécie de convenção inova dentro do âmbito convencional e estabelece normas que não são juridicamente obrigatórias, mas no entanto são consideradas efetivas. Há que se distinguir as normas convencionais parlamentares surgidas por meio das convenções parlamentares criativas das decisões dos órgãos parlamentares baseadas nestas normas criadas por este tipo de convenção. Tal diferença é importante, pois, embora tais normas convencionais não possuam caráter obrigatório, assim não se dá com as decisões que as empregam, uma vez que estas decisões são obrigatórias²⁷³.

Relativamente às convenções parlamentares criativas, vale o que foi dito quanto às interpretativas relativamente à utilização pelo Autor da base teórica dos costumes “*praeter legem*”, destinando-se estas convenções a integrarem a regulamentação da atividade interna do parlamento naquilo em que não houver previsão expressa, seja regulamentar ou constitucional. Possuem, portanto, função integrativa e *criam* regras consensuais dentro do parlamento.

Contudo, sustenta o Autor que “embora tais normas convencionais não possuam caráter obrigatório, assim não se dá com as decisões que as empregam, uma vez que estas decisões são obrigatórias”. Percebe-se que tal argumentação é utilizada para atribuir caráter obrigatório às convenções parlamentares criativas. Contudo, não se acredita adequada esta colocação do Autor, uma vez que a obrigatoriedade das convenções e a das decisões que se baseiam nas respectivas convenções, não se confundem. O fato de uma decisão que adota em suas razões um precedente ou uma convenção parlamentar, não transfere para estes a obrigatoriedade, pois o precedente ou a convenção não são a norma, mas o motivo a embasar a decisão deliberativa da Casa parlamentar, a qual, esta sim, possui obrigatoriedade em face do regimento interno.

Ou seja, é a norma escrita (o regimento interno) que dá obrigatoriedade à decisão deliberativa. O precedente ou a convenção parlamentar não possuem, por si sós, qualquer caráter vinculante, pois são desprovidos de obrigatoriedade. Tal situação ocorre nos sistemas constitucionais de constituição escrita e rígida, pois tal

²⁷² PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 25-26.

²⁷³ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 25-26.

obrigatoriedade poderia ocorrer dentro do sistema constitucional inglês. Mais uma vez é a impossibilidade da sobreposição dos respectivos sistemas constitucionais.

11.2.1.3 Convenções Parlamentares “contra legem”

Os Autores assim nomeiam tais convenções e diz que possuem um carácter neutralizador ou até mesmo de contradizer a constituição²⁷⁴.

Os Autores apenas mencionam o que foi dito acima quanto ao seu carácter neutralizador. Mas pode-se perceber que, da mesma forma que as convenções parlamentares interpretativas e criativas já mencionadas, também aqui nas “contra legem” constata-se terem os Autores baseado-se nos costumes “contra legem”, aplicando esta noção às convenções parlamentares. Dessa forma, este tipo de convenção teria o aspecto de contrariedade à lei, seja esta o regimento interno, outros atos normativos escritos emanados do parlamento e a própria constituição.

Da mesma forma que o tipo de costume respectivo, esta espécie de convenção possuiria função derogatória.

²⁷⁴ PIERRE AVRIL; JEAN GICQUEL, *Droit parlementaire*, 3^a édition, Paris: Montchrestien, s/d, p. 26.

PARTE III

ATOS PARLAMENTARES E O COSTUME CONSTITUCIONAL

12. O Costume Constitucional e sua Relação com os Atos Parlamentares Tácitos

12.1 Considerações Introdutórias

Esta Parte III versa sobre aspectos relativos à teoria dos costumes constitucionais (e parlamentares) e os atos parlamentares tácitos internos dentro daquela teoria.

A presente proposta também é expor conceitos, agrupá-los e tecer comentários críticos sobre pontos relacionados com esta questão, incluindo uma breve análise comparativa entre alguns países onde estas questões têm sido debatidas.

Os costumes constitucionais têm despertado o interesse de constitucionalistas contemporâneos como, por exemplo, Jorge Miranda, Carlos Blanco de Moraes, Riccardo Guastini, Pierre Avril, Anna Cândido Ferraz e Luis Roberto Barroso.

Trata-se de temática que suscita diversas questões, tanto de cunho teórico como prático, além de estar na ordem do dia, pois atualmente tem se discutido a questão da atuação dos costumes constitucionais e parlamentares.

Isto porque, quando tratamos dos costumes constitucionais e parlamentares, "secundum legem" e "praeter legem", não há maiores questionamentos a respeito destes costumes, pois não há nestas hipóteses, ao menos em tese, a geração de normas constitucionais não escritas (consuetudinárias) capazes, também em tese, de criar uma constituição não escrita paralela à escrita e superior a esta. Não obstante, é necessário reconhecer que, mesmo quanto a estas duas espécies de costumes, não haja unanimidade a respeito.

A questão se apresenta com maior relevância quando aparece a figura do costume constitucional ou parlamentar é saber quando estamos diante de um costume ou prática constitucional. E o que seriam ambos? Como diferenciar costumes constitucionais das práticas e, sobretudo, das convenções

constitucionais? Haveria, realmente, convenções parlamentares ou apenas convenções constitucionais? E por que?

Vale destacar que esta dissertação não tem por objeto as mutações constitucionais. Contudo, por vezes, questões ligadas a tal temática poderão ser abordadas, uma vez que os costumes constitucionais têm sido também tratados naquele enfoque.

Além disso, como exposto nesta dissertação, parte da doutrina mencionada neste trabalho entende que os costumes constitucionais são gênero dos quais as convenções constitucionais são consideradas espécies, razão pela qual a teoria que se aplicaria aos costumes constitucionais também se aplicaria às convenções, guardadas as devidas proporções e as questões específicas a estas. Da mesma forma, parcela dos Autores aqui consultados também compreende serem os costumes parlamentares espécies do gênero costume constitucional.

Diante do fato desta Parte III tratar do vasto tema relacionado à teoria dos costumes constitucionais, constatou-se ser necessário uma maior delimitação deste tema, pois a teoria dos costumes citados é por demais ampla. Assim, serão abordados aspectos específicos relacionados à teoria dos costumes constitucionais e dos costumes parlamentares em suas relações com os demais atos parlamentares internos tácitos, conforme será exposto no decorrer desta Parte III.

Assim, dentro da teoria dos costumes constitucionais será também a proposta da presente Parte desta dissertação uma abordagem crítica sobre breve visão panorâmica dos conceitos e particularidades dos costumes constitucionais e dos costumes parlamentares, sendo esta visão crítica a respeito de seus elementos conceituais e a respectiva relação com a teoria geral do direito, pois como se verá há momentos em que o operador do direito pode se encontrar diante de possíveis contradições conceituais e indefinições de conceitos, ao menos em tese.

Além disso, tal situação se reflete aos costumes parlamentares, pois em certos casos não se sabe se estes seriam costumes, práticas ou convenções constitucionais.

E estas questões que se acreditam indefinidas e/ou contraditórias, ao menos na visão desta dissertação, é o que se pretende também expor.

A análise crítica apresentada nesta dissertação é, reiterar-se, apenas mais uma breve visão sobre o assunto, imperfeita, incompleta e sujeita por sua vez a críticas também.

Por fim, traz também como propósito discutir aspectos sobre o tema de forma a propiciar mais uma hipótese de reflexão.

12.2 Do Gênero à Espécie

Nota introdutória

Como se verá mais adiante, muitos autores renomados, do passado e do presente, trataram dos costumes constitucionais e sua conceituação, mas também se verá que permanece certa indefinição conceitual, fazendo com que os costumes constitucionais adquiram contornos pouco definidos, dificultando, por vezes, o trabalho do operador do direito quando estes surgem, especialmente quando se está perante o costume que foi chamado nesta dissertação de “costume constitucional ilimitado”.

Tal costume foi assim chamado porque, ao verificar-se junto à doutrina italiana e francesa exposta nesta dissertação, além das ideias expostas por Anna Cândida, constatou-se que não se está discutindo a figura do costume contrário à constituição. Estas doutrinas tratam de uma espécie diferente de costume, ou seja, um costume que é fruto de um poder constituinte exercido por outra via, o que torna tais costumes sempre válidos e, por isso, ilimitados no seu alcance e utilização. Para esta espécie de costume, não se cogita de sua conformidade com a constituição escrita, pois tal relação de conformidade é inversa, ou seja, é a constituição escrita que deve se adequar a este tipo de costume, sob pena de ser ignorada.

Assim, tais costumes foram chamados de *ilimitados* por serem fruto de um poder constituinte também ilimitado, pois, da maneira como é apresentada a questão pela doutrina citada, embora não seja dito expressamente, não haveriam limites a tal poder constituinte.

Segundo a doutrina que sustenta, como se verá mais a frente, o poder constituinte originado da vontade direta do Estado (ou ainda outra espécie, o chamado *poder constituinte difuso* exposto por Anna Cândida), nunca haveria um costume “contra legem”, pois aqueles costumes criariam uma constituição costumeira paralela e superior à escrita, sendo que esta não desapareceria, mas ficaria sem ser utilizada naquilo em que haja um costume constitucional ilimitado.

E tal situação relativa aos costumes constitucionais ilimitados também ocorreria nas espécies de costumes constitucionais, como o costume parlamentar.

Isto porque, os conceitos de costumes constitucionais, práticas e convenções diferem uns dos outros justamente no elemento conceitual que definiria o elemento específico do conceito, possuindo identidade apenas no chamado “gênero próximo”, o qual é justamente o elemento genérico de uma conceituação e que não permite definir um objeto e diferenciá-lo dos demais objetos.²⁷⁵

Assim, os conceitos de costumes e práticas constitucionais, bem como de costumes parlamentares, são em certa medida indefinidos, gerando algumas dificuldades, especialmente quando se busca identificar quando estaria presente um costume (constitucional ou parlamentar), uma prática ou uma convenção constitucional (ou parlamentar).

Como não se sabe exatamente o que são as práticas, as convenções e os costumes constitucionais (incluindo os costumes parlamentares), também torna-se difícil saber com razoável segurança qual destes estariam presentes em determinada situação, justamente por o objeto não estar delimitado, definido. A dificuldade de se estabelecer tal identificação estaria diretamente relacionada com a dificuldade de se defini-los.

Tal observação demonstra um dos aspectos de tal temática para indicar quão tormentoso é o tema.

13. Conceitos de Costumes: Breve Panorama

Tema também diretamente ligado ao objeto desta dissertação é o costume tradicional.

Isto porque, a sua compreensão e natureza jurídica são pontos de partida para o entendimento a respeito dos costumes constitucionais, das práticas, das convenções e dos costumes parlamentares.

Possui o costume tradicional natureza jurídica de fonte do direito²⁷⁶.

²⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p. 40, rodapé n. 2, citando Paulo Nader, *Introdução ao estudo do direito*, p. 93-94: “Para atender aos pressupostos da lógica formal, a definição deverá apontar o gênero próximo e a diferença específica. [...] O gênero próximo de uma definição deve apresentar as notas que são comuns às diversas espécies que compõem um gênero, enquanto que a diferença específica deve fornecer o traço peculiar, exclusivo, que vai distinguir o objeto definido das demais espécies.”.

²⁷⁶ JORGE MIRANDA. *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 147.

Dessa forma, sendo o costume fonte do direito, o costume constitucional seria fonte do direito constitucional e, dessa forma, poderia em tese gerar normas constitucionais não escritas (consuetudinárias) e, com isso, criar total ou parcialmente uma nova constituição (não escrita) paralelamente à constituição escrita. Esta é, em síntese, a teoria a embasar toda a construção dos costumes e práticas constitucionais como fontes independentes e ilimitadas do direito constitucional nos sistemas constitucionais de constituição escrita e rígida.

Aqui serão expostos conceitos de costumes, incluindo conceito sob a ótica dos costumes antigos, a fim de breve compreensão do evoluir das idéias a respeito dos costumes.

Diante destes conceitos e/ou características serão elaboradas considerações críticas a fim de se verificar, levando em conta o ponto de vista adotado nesta dissertação, até onde tais observações críticas poderiam ou não ser aceitas.

Inicialmente, a fim de se ter uma breve noção sobre evolução dos costumes ao longo dos tempos, serão apresentadas algumas noções sobre o costume na sua forma antiga e posteriormente sua mudança para forma atual, aqui nesta dissertação e chamada de *conceito tradicional* dos costumes jurídicos.

13.1 Antiga Conceituação de Costume no Direito Alemão

Ensina-nos Hsü Dau-Lin que o antigo costume alemão era mais complexo do que o atual, pois além dos dois requisitos do conceito atualmente tradicional (a prática reiterada e consciência de sua obrigatoriedade), eram necessários também o *caráter nacional* (formando um conjunto nacional de regras) e a *idéia de espírito do povo* (valores e tradições culturais que caracterizam e definem um povo)²⁷⁷.

O Autor em sua obra faz um bem elaborado estudo dos costumes, incluindo suas características no direito alemão.

Os costumes, tradicionalmente falando, possuíam características diversas do costume hoje adotado como fonte do direito.

²⁷⁷ HSÜ DAU-LIN, *Mutación de la constitucion, traduccion Pablo Lucas Verdú e Christian Förster*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, s/d., p. 110-111.

Na Alemanha de outrora, os costumes eram a base do direito nacional alemão, possuindo, justamente por isso, caráter nacional, além de serem o fruto da evolução das maneiras de ser e de agir do povo, suas tradições e valores, que iam disciplinando a vida em sociedade por meio de normas não escritas. Valiam apenas para o povo alemão e davam a idéia do espírito de seu povo²⁷⁸.

Por o costume antigo ser mais complexo, não bastavam a habitualidade e a crença de sua obrigatoriedade, sendo necessárias ainda as características acima mencionadas.

Ensina-nos Hsü Dau-Lin que, com a evolução dos países e sobretudo com a força da religião e a aplicação do direito canônico, esse quadro foi sendo alterado pouco a pouco, somado ao fato do aparecimento do direito internacional, o que fez com que essa noção de costume, como a citada do direito alemão, desaparecesse²⁷⁹.

13.2 Costume na Conceituação Atual (“Tradicional”)

“Exercício fático (ação ou omissão reiterada – elemento objetivo) somado à ‘opinio juris et necessitatis’ (consciência ou crença de que é necessário ou obrigatório tal prática – elemento subjetivo). É o conceito atual e tradicional.”²⁸⁰

Há, como se nota, uma desvinculação desta conceituação de costume das características da antiga noção de costume do Direito alemão.

Portanto, atualmente, não é necessário mais o caráter nacional do costume e sua identidade com os valores e tradições de uma nação. Basta que uma prática qualquer, ainda que originária de outro país, por exemplo, seja executada de forma pública, reiteradamente e com a convicção de sua obrigatoriedade como regra de conduta para que tal comportamento, ativo ou passivo, passe a ser uma norma jurídica criada pelos fatos. Somado a isso, há a necessidade de reconhecimento legal ou judicial, como se verá mais adiante.

Atualmente, dessa forma se dá a criação do direito por meio dos costumes.

²⁷⁸ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 110-111.

²⁷⁹ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 110-111.

²⁸⁰ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 111.

13.3 Elementos Constitutivos dos Costumes e sua Capacidade Criadora de Normas Jurídicas

Como se verá mais adiante, o costume constitucional possuiria os mesmos elementos do costume tradicional. Tais elementos são o objetivo (habitualidade, prática reiterada e pública) e o subjetivo (“opinio juris et necessitatis”)²⁸¹, diferindo apenas quanto à matéria constitucional²⁸². Ou seja, o costume constitucional seria um costume, só que em matéria constitucional.

E tais considerações a respeito dos costumes tradicionais não diferem, via de regra, em outros sistemas constitucionais. Por exemplo, na Itália, ao ser tratado do costume privado, este é definido como a observância constante e uniforme de uma regra de conduta que os membros de uma dada comunidade social observam nos seus atos da vida, tendo nestas relações a consciência da necessidade desta regra e com convencimento de sua obrigatoriedade²⁸³.

Assim, quanto aos elementos constitutivos do costume tradicional, dois são os elementos que, uma vez presentes são capazes de materializar uma conduta em costume jurídico: o externo, o qual se concretiza na série dos atos uniforme e constantemente repetidos. Ocorre, portanto, que eles sejam uniformes e que a repetição dos atos seja constante e ininterrupta, bem como que a prática constante e uniforme seja também geral. Além disso, que tal conduta recoberta pelos requisitos do costume esteja delimitada em um determinado campo territorial, dentro do qual vigera a norma consuetudinária. Quanto ao fator tempo, como consequência lógica, a prática constante e uniforme deve ter uma certa duração no tempo²⁸⁴.

O segundo requisito, chamado de interno, consiste na convicção difusa que a norma é largamente seguida porque, com isso, expressa que a observância daquelas práticas atendem a uma necessidade do direito. Tal convicção da necessidade da norma jurídica significa acreditar absolutamente no seu caráter vinculante, bem como esta convicção a respeito da norma consuetudinária deve ser igual a que se possui em relação à lei²⁸⁵.

²⁸¹ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 111. MARIA HELENA DINIZ. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119.

²⁸² NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010. p. 43.

²⁸³ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁴ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁵ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 12-13.

Por sua vez, os costumes jurídicos são também tratados como fatos normativos, sendo que esta expressão *fato normativo*, no seu significado mais imediato, denota genericamente cada ocorrência (fato) que seja geradora de norma jurídica (normativa). Dessa forma, uma norma (seja ética, jurídica, de etiqueta etc.) pode nascer somente dos fatos que são, em última instância, comportamentos e atitudes humanas²⁸⁶.

São, portanto, fatos normativos todos aqueles comportamentos humanos que produzem normas jurídicas sem que sejam expressamente formulados por meio de disposições escritas. O direito produzido por meio dos fatos normativos é, em suma, o direito não escrito. Caso paradigmático de fato normativo é o costume²⁸⁷.

Entende-se que um fato, não diversamente de um ato, pode ser normativo, ou seja, gerador de normas jurídicas (válidas) apenas se gerarem uma norma que os assuma como uma espécie fática condicionante daquela específica consequência jurídica, a qual nasce de uma nova norma jurídica. Em outras palavras, são normativos apenas aqueles fatos que o direito autoriza a sua produção, gerando um direito novo. Neste sentido, os fatos normativos são fontes normais do direito, ou seja, são fontes legais do direito²⁸⁸.

Ainda, nos diz Riccardo Guastini que o costume é considerado um exemplo paradigmático e talvez único de fato normativo previsto como capaz de criar uma norma jurídica. O costume, dentro do rol das fontes do direito, constitui fonte legal do direito (nos termos do art. 1 das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano), sendo que, na linguagem do respectivo Código Civil e também por parte da doutrina italiana, o costume é chamado de uso²⁸⁹.

Assim, consubstancia-se o costume como uma prática social constante e repetida uniformemente por longo tempo (a qual é chamada de “usus”), acompanhada da convicção de ser observada como uma norma jurídica (chamada “*opinio juris seu necessitatis*”), mencionando o Autor que tal definição é a adotada pela doutrina tradicional²⁹⁰.

O costume é um modo peculiar de produzir normas, caracterizado pela autonomia e descentralização. As normas consuetudinárias são de fato criadas,

²⁸⁶ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 255.

²⁸⁷ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 256.

²⁸⁸ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 256.

²⁸⁹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 257.

²⁹⁰ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 258.

ainda que não expressamente formuladas dentro da linguagem jurídica expressa. Sob este enfoque, os costumes dizem respeito à autonomia privada. Por outro lado, o costume é um modo de produção do direito sob outro aspecto, ou seja, sob um aspecto primitivo: a norma consuetudinária de fato é, comparativamente, menos certa e reconhecível do que a norma escrita, bem como o direito consuetudinário se forma de maneira lenta e laboriosa e assim acaba ficando privado da capacidade de rápida formação²⁹¹.

O costume como fonte, no entanto, desenvolve papéis diferentes nos diversos setores do direito. Por exemplo, desenvolve um papel relativamente extenso no direito marítimo, ao passo que não exerce função nas matérias objeto da reserva absoluta de lei, assim como no direito penal. Mas, genericamente falando, pode-se dizer que no ordenamento vigente o costume desenvolve um papel bastante reduzido, no sentido que são bastante raros os casos em que se pode recorrer ao costume para disciplina de relações concretas. Isto dependerá do regime jurídico do costume como fonte²⁹².

No sistema constitucional italiano, por exemplo, a fonte consuetudinária não é prevista nem disciplinada pela constituição, sendo o costume fonte do direito em virtude do art. 1 das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano, ou seja, em face de uma disposição infraconstitucional. Dessa forma, o costume é fonte estruturalmente subordinada à lei e deve atuar somente nos limites em que a lei assim o permita²⁹³.

13.4 Das Três Espécies de Costumes Tradicionais

Tradicionalmente, tem a doutrina estabelecido três tipos de costumes dentro de um sistema jurídico²⁹⁴.

Os costumes tradicionais, justamente por serem fontes do direito²⁹⁵, têm reflexos diretos nas normas escritas que também disciplinem uma determinada questão ou quando se verifica o caso de colmatação de lacunas.

²⁹¹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 258-259.

²⁹² RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 259.

²⁹³ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 261.

²⁹⁴ MARIA HELENA DINIZ, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p.120-121.

²⁹⁵ MARCELO NOVELINO, *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010. p. 42-43.

Isto porque, em havendo norma e costume sobre uma mesma questão, ou estando aberta a lacuna, é preciso se verificar qual direito prevalecerá e vigorará no caso em tela.

Justamente por isso que a doutrina estabeleceu os três tipos de costumes como acima mencionado, sendo eles o costume “*secundum legem*”, “*praeter legem*” e “*contra legem*”²⁹⁶.

Secundum legem, conforme ensina a doutrina, é o costume que está de acordo com a lei (em sentido lato) e serve como forma de interpretação de uma lei existente. Justamente por isso, possui função interpretativa²⁹⁷.

Dessa forma, no que diz respeito à matéria ou espécies fáticas disciplinadas nas normas legislativas ou regulamentos, ou seja, em quase todas as matérias em que possa haver controvérsia, o costume é meio idôneo para produzir efeitos jurídicos apenas se estiver em consonância com a lei escrita. Ou seja, o costume em harmonia com as fontes legislativas (fontes escritas). Neste caso entende-se que o costume está subordinado à norma legislativa ou à norma regulamentar²⁹⁸.

Por sua vez, o costume *praeter legem* surge diante das lacunas, passando tal costume a disciplinar uma determinada questão quando o aplicador do direito após pesquisar determinado ordenamento jurídico constata a ausência de norma expressa a respeito. Assim ocorre a chamada colmatação de lacunas, cuja função é realizar a integração do direito, prevista, por exemplo, na Lei de Introdução ao Ordenamento Brasileiro em seu artigo 4º²⁹⁹.

Estes dizem respeito às raras matérias não disciplinadas de algum modo pelas fontes escritas – as matérias pelas quais o direito escrito é totalmente lacunoso – ou seja, não há qualquer disposição expressa a respeito. Além disso, o Autor explica que nestas matérias seja consentido recorrer aos costumes sempre que já exista um costume a respeito de tal matéria para colmatar as lacunas do direito³⁰⁰.

²⁹⁶ MARIA HELENA DINIZ, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p.120-121.

²⁹⁷ MARIA HELENA DINIZ, *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p.120.

²⁹⁸ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 261-262.

²⁹⁹ MARIA HELENA DINIZ. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91-92; 120.

³⁰⁰ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 263.

Muito importante essa colocação de Guastini de que no caso dos costumes “*praeter legem*”, quando (raramente) houver lacunas, deve se recorrer aos costumes desde que exista um costume jurídico a ser usado. Se houver lacuna, mas para aquela situação não houver costume jurídico já criado que possa solucionar o caso concreto, não poderá ser criado um costume especificamente para o caso, mas, sim, devem ser usados os princípios gerais do direito.

Assim, diferentemente do que ocorre nos costumes constitucionais “*praeter legem*”, pois nestes, quando não há um costume constitucional anteriormente criado, passa-se a criação imediata de um para solucionar a questão surgida.

Essa “criação” instantânea ou rápida de um costume constitucional é em realidade atitude imediata materializada por meio de uma convenção constitucional, rotulada de costume constitucional com a finalidade de tornar-se norma jurídica e, portanto, obrigatória e até derogatória.

No caso dos costumes constitucionais “*preter legem*”, na ausência de costume constitucional específico, devem ser aplicados os princípios gerais do direito constitucional, os quais poderiam ser extraídos do direito constitucional geral (dir. const. comparado)

Assim, o costume “*praeter legem*” é aquele que vai além da lei (“*latu sensu*”), ou seja, possíveis em setores não disciplinados pelo direito escrito³⁰¹.

Já o *contra legem* é o terceiro tipo de costume e caracteriza-se por ser uma prática contrária à lei³⁰².

E, em face dessa contrariedade com a legislação, este último tipo de costume se apresenta com a chamada função derogatória (*consuetudo abrogatoria*)³⁰³.

Os dois primeiros tipos de costumes, por estarem em harmonia com a legislação, são aceitos pela doutrina³⁰⁴.

Ao passo que, o *contra legem*, justamente por seu caráter derogatório, não é considerado válido para revogar uma norma legal escrita. E não só a grande

³⁰¹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 259.

³⁰² MARIA HELENA DINIZ. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121

³⁰³ MARIA HELENA DINIZ. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121.

³⁰⁴ MARIA HELENA DINIZ. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121.

maioria da doutrina assim compreende³⁰⁵, mas a própria legislação brasileira, pois uma lei só pode ser revogada por outra (artigo 2º do Decreto-lei nº 4.657/42).

Dessa forma, costumes “contra legem” são aqueles que vão contra a lei (lei no sentido lato), ou seja, costumes criados em sentido diverso ao prescrito em normas escritas³⁰⁶.

Clássico é o exemplo de costume *contra legem* sempre dado no Brasil sobre o chamado “jogo do bicho” e as normas penais, pois, por mais antiga que seja esta prática, considerada natural e apenas um jogo, com ampla aceitação social, isto tudo não a faz revogar a legislação que a considera infração penal (contravenção penal).

Para ilustrar tal exemplo acima é trazido o julgado do ministro Francisco de Assis Toledo em sua obra *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 25-26.³⁰⁷

Vale a pena ressaltar ainda o entendimento de que o costume “contra legem” constitui não mais uma fonte legal do direito, mas uma fonte “extra ordinem”, como se verá mais a frente quando forem abordados os costumes constitucionais³⁰⁸.

Quanto às limitações na possibilidade de utilização dos costumes, convém observar que, segundo a doutrina de Riccardo Guastini, o uso do costume é proibido em matéria inserida dentro da chamada reserva de lei. Tais matérias não podem ser disciplinadas por fontes diversas da lei. Nesta hipótese, uma lei que remetesse alguma matéria ao uso de um costume seria constitucionalmente ilegítima³⁰⁹.

³⁰⁵ MARIA HELENA DINIZ. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 121.

³⁰⁶ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 259.

³⁰⁷ “Note-se, porém, que a simples omissão da autoridade em reprimir determinados crimes ou contravenções não basta para revogar por *desuetudo* a norma incriminadora penal. Nesse sentido recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o autor desta obra, assim ementado: ‘Penal. Contravenção do ‘jogo do bicho’. Acórdão absolutório fundado na perda de eficácia da norma contravençional (‘a conduta embora punível deixa de sê-lo socialmente’). Decisão que nega vigência ao art. 58, § 1º, ‘b’, do Decreto-Lei 6.259/44. Reconhece-se, em doutrina, que o costume, sempre que beneficie o cidadão, é fonte do Direito Penal. Não obstante, para nascimento do direito consuetudinário são exigíveis certos requisitos essenciais (reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente), não identificáveis com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades. A circunstância de o próprio Estado explorar jogos de azar não altera esse entendimento porque, no caso em exame, o que se pune é uma certa modalidade de jogo: a clandestina, proibida e não fiscalizada’ (REsp. 2.202-SP, DJ, 2 abr. 1990, p. 2461)”.

³⁰⁸ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 259.

³⁰⁹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 261.

Concernente à reserva de lei acima citada, esta será vista mais a frente quando das considerações específicas sobre a posição italiana a respeito dos costumes constitucionais.

Ainda, segundo doutrina italiana, diante do fato dos costumes estarem sempre vinculados à lei (nas três espécies de costumes acima citadas) a validade constitucional da norma consuetudinária é sujeita a controle de constitucionalidade difuso³¹⁰.

Este controle de constitucionalidade pela via difusa se explica, uma vez que o costume tradicional não possui previsão constitucional expressa. E tal colocação da doutrina italiana citada significa dizer que o costume não é também fonte do direito constitucional, pois com tal afirmação, Riccardo Guastini demonstra que a constituição italiana (como ocorre com as constituições em geral) não prevêem o costume como fonte sequer implicitamente (tacitamente), pois caso houvesse a previsão tácita do costume como fonte do direito, poderia haver o controle concreto de constitucionalidade.

14. Costumes Constitucionais

14.1 Introdução Metodológica

Como já mencionado, a presente dissertação, além de seu caráter expositivo, destinar-se-á também a traçar algumas considerações comparativas e de ordem crítica, notadamente a respeito da teoria dos costumes constitucionais e dos desdobramentos de tal teoria, bem como em relação aos costumes parlamentares dentro do contexto ou da teoria dos costumes constitucionais.

Como já mencionado, a análise crítica apresentada nesta dissertação é apenas mais uma breve visão sobre o assunto, imperfeita, incompleta e sujeita por sua vez a críticas também. Traz também como propósito discutir aspectos sobre o tema de forma a propiciar mais uma hipótese de reflexão.

Assim, como metodologia adotada nesta Parte III, optou-se por seguir uma análise que preservasse a integridade das ideias dos Autores adotados como referência para estas considerações críticas. Buscou-se, dessa forma, manter o

³¹⁰ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p 263.

pensamento de cada Autor na sua completeza, para que seu pensamento pudesse ser verificado e também para que fosse possível compará-lo com o pensamento dos outros Autores, como forma de individualizar as idéias em blocos, por Autor e por país.

Em face disso, não se optou por fazer uma só exposição condensada e sistematizada da teoria dos costumes constitucionais, pois, caso este fosse o caminho trilhado, acreditou-se que não seria possível demarcar as opiniões e critérios de cada Autor para explicar a possibilidade (ou a impossibilidade) da existência dos aqui chamados *costumes constitucionais ilimitados*, sobre os quais recai polêmica mais acentuada, com os respectivos reflexos nos costumes parlamentares.

Além disso, entendeu-se que a condensação de todas as opiniões em uma só exposição não seria a melhor maneira de demonstrar e de contrastar as diferentes posições de cada país, pois em determinados países são nítidas as diferenças quanto às razões pelas quais se admitem ou não os costumes constitucionais como, por exemplo, Inglaterra, França e Itália.

Dessa maneira, serão expostas e analisadas as ideias relativas aos costumes constitucionais em blocos, os quais serão agrupados por Autor e dentro de cada país.

Ressalte-se, outrossim, que tal análise restringir-se-á ao objeto desta dissertação e se limitará a verificar em que medida os costumes constitucionais ilimitados poderiam ser aceitos e se as razões adotadas pelos respectivos Autores estariam em sintonia com o sistema jurídico como um todo, bem como a análise dos respectivos desdobramentos em relação aos costumes parlamentares, os quais são espécies de costumes constitucionais.

Por fim, necessário uma observação quanto aos Autores que embasaram esta dissertação. Como se trata de uma análise comparativa entre os países em questão e em face dos respectivos aspectos de ordem crítica, não seria possível agregar muitos Autores de um determinado país ou de todos os países. Assim, neste trabalho, buscou-se para cada país Autores referenciais, face ao destaque de suas idéias e o caráter representativo destas para cada sistema constitucional.

15. Costumes Constitucionais em uma Breve Visão Comparada

15.1 Doutrina Portuguesa

15.1.1 Jorge Miranda

Nas lições de Jorge Miranda a respeito dos costumes constitucionais, verifica-se que não é dada uma conceituação específica e diferenciada dos costumes constitucionais, constatando-se que apenas é tratado dos costumes e sua relação com a constituição.

Disso pode ser extraída a conclusão de que, para Jorge Miranda, o conceito de costume é o conceito tradicional, sem alteração de elementos. Apenas o costume constitucional seria um costume sobre matéria constitucional³¹¹.

Consoante o Autor, quando é apresentada sua *visão adotada sobre o costume constitucional*³¹², em síntese, nos explica que *a constituição em sentido formal nasce de um ato jurídico*, do ato constituinte e, em face disso, as questões relativas ao costume constitucional como fonte criadora de normas constitucional não pode ocorrer.

Refuta também o citado Autor a tese de que os costumes poderiam criar normas constitucionais materialmente falando, projetando-se, por isso, no poder político³¹³.

Aduz que o costume pode existir dentro do sistema constitucional, mas como norma subsidiária e secundária³¹⁴.

Assim, conforme se infere de sua lição, o caráter formal da constituição não impede a existência do costume constitucional, apenas tal caráter dá às normas escritas primazia e superioridade sobre todas as outras, inclusive sobre os costumes. Além disso, quando uma constituição diz que o poder deve ser exercido nos *termos da constituição*, (como acontece na Portuguesa e Brasileira – art.108º e

³¹¹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 147-169.

³¹² JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 153.

³¹³ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 155.

³¹⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo II, 7ª edição*. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 156.

art. 1º, par. único, respectivamente), é em primeiro lugar a constituição escrita que está a disciplinar o poder e, em segundo plano, as normas costumeiras³¹⁵.

15.1.2 Carlos Blanco de Moraes

Para Carlos Blanco de Moraes, os costumes constitucionais são mutações constitucionais tácitas, onde tais costumes “são critérios invisíveis de decisão, de alcance constitucional, oriundos dos poderes políticos e jurisdicional, sedimentados informalmente junto do texto constitucional impostos no plano jurídico.”³¹⁶.

Como se nota, tal conceituação está voltada para os costumes “contra constitutionem”.

Novamente ressalte-se que a mutação constitucional não é o objeto desta dissertação, mas que em certos momentos questões ligadas aos costumes *contra legem* podem relacionar-se com esta temática.

Inicialmente, o conceito exposto por Carlos Blanco de Moraes nos apresenta a ideia de “critérios invisíveis de decisão” indicando com isso que no costume constitucional não se trata apenas de mera conduta a alterar a constituição tacitamente, mas sim há uma decisão, uma escolha, neste sentido, traduzindo a ideia de que os “poderes políticos e jurisdicional” não gerariam normas constitucionais não escritas (consuetudinárias) ao acaso, mas sim de forma consciente e voluntária, diversamente do que afirmava Georg Jellinek, pois este entendia que a mutação, inclusive por meio dos costumes constitucionais, poderia ocorrer sem a consciência de tal alteração, pois, segundo este Autor, a alteração do texto constitucional é aquela que “... permite deixar o texto constitucional formalmente intacto e que é provocada por fatos que não tem que ser acompanhadas de algum propósito ou consciência de tal modificação”³¹⁷.

³¹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, tomo II*, 7ª edição. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 156.

³¹⁶ CARLOS BLANCO DE MORAIS. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*, Salvador: Juspodium, 2013, p. 498.

³¹⁷ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Temas fundamentais do direito constitucional, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009, segunda tiragem 2013. p. 152.

Como se nota, para Georg Jellinek, os costumes constitucionais possuiriam também tal característica, ou seja, a inconsciência ou ausência de intenção de quem pratica tais fatos.

Seriam então quaisquer fatos ou comportamentos a criar normas constitucionais com a mesma força das normas constitucionais escritas. E estes desprovidos de vínculo intencional com a pessoa que os pratica. Assim, para Georg Jellinek, além de a constituição não ser realmente a lei fundamental e estar desprovida de supremacia, esta não condiciona ou rege coisa alguma, mas sim é regida e condicionada por fatos quaisquer, e ainda sem qualquer vínculo subjetivo com o praticante do fato.

Além disso, Carlos Blanco de Moraes nos traz o elemento “sedimentados informalmente junto do texto constitucional” como forma de expressar a necessidade de sedimentação, ou seja, os costumes vão se depositando, pouco a pouco, e com isso se tornando sólidos diante da realidade constitucional. Mas tal sedimentação, justamente por se tratarem de normas não escritas, dá-se pela via informal, sem uso do processo de revisão constitucional expressamente previsto na constituição e informalmente vão tais costumes modificando em maior ou menor medida o cenário de aplicação e concretização da constituição.

Por fim, como última parte de seu conceito, ao afirmar “impostos no plano jurídico”, traz-nos a natureza constitucional dos costumes e diante de tal natureza, demonstra também a força dos mesmos a impor-se diante do sistema jurídico respectivo.

Aqui, diversamente da noção de Anna Cândida³¹⁸, como se verá mais a frente nesta dissertação, acertadamente Carlos Blanco de Moraes exclui o povo do processo de criação dos costumes constitucionais, pois os critérios de decisão são “oriundos dos poderes políticos e jurisdicional”. Diz-se acertadamente, uma vez que caso o povo também pudesse alterar tacitamente a constituição por meio de costumes, muita insegurança jurídica se apresentaria ao cumprimento da constituição, além de possibilitar que a cada dia pudesse surgir uma constituição diferente.

Nos são apresentadas pelos ensinamentos de Carlos Blanco de Moraes três razões para existência dos costumes constitucionais, a saber:

³¹⁸ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

a) sua consolidação pelo fator tempo (costumes e práticas)³¹⁹ – grifo nosso;

Novamente aqui, diverge Carlos Blanco de Moraes da noção apresentada por Anna Cândida de que o tempo não seria relevante para a caracterização do costume constitucional. Ao elencar o fator tempo como meio de consolidação dos costumes, ensina que nos costumes constitucionais o tempo também é importante, resgatando o elemento objetivo dos costumes. E, como se fala em consolidação, pressupõe-se um certo tempo, não definível “a priori”, devendo ser analisado no caso concreto.

b) não oposição relevante da comunidade jurídica e política (práticas políticas e decisões judiciais inovadoras);³²⁰ – grifo nosso

Esta segunda razão apontada pelo Autor nos remete a questão muito importante, a da não oposição relevante da comunidade jurídica e política quanto aos costumes estabelecidos para a aplicação da constituição.

Isto porque, só haverá a consolidação no tempo descrita na primeira razão supra caso as comunidades jurídica e política aceitem o comportamento candidato a costume, ou não se oponham significativamente a ponto de barrar tal prática ou substituí-la por outra.

Nisso reside a ideia da relevância da oposição, pois até pode haver oposição, mas se esta não é suficiente para impedir o costume, ele vingará, ao passo que, caso a oposição seja relevante, ou seja, forte o suficiente para impedir o costume, este não terá tempo suficiente (primeira razão acima) para se consolidar.

Note-se que isto também revela que houve concordância das comunidades jurídica e política em relação àquele costume, fazendo com que surja um consenso, ainda que majoritário (o que geraria a oposição não suficiente), a expressar o desejo de que a constituição seja de fato cumprida desta ou daquela forma costumeira.

c) aquiescência, expressa ou tácita, da corte constitucional quanto à validade ou subsistência dessas alterações.³²¹ – grifo nosso

³¹⁹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*, Salvador: Juspodium, 2013, p. 498.

³²⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*, Salvador: Juspodium, 2013, p. 498.

³²¹ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*, Salvador: Juspodium, 2013, p. 498.

Como terceira razão, nos é apresentada a aquiescência do tribunal encarregado da guarda da constituição em relação àquele comportamento que estaria a criar normas constitucionais com a mesma força das normas constitucionais escritas e com isso poder dar nova feição à aplicação da constituição.

Como custódio da constituição, o tribunal constitucional poderia dar seu aval expresso, por exemplo, reconhecendo o costume como constitucional e, portanto, válido. Mas, também, poderia ocorrer que tacitamente seja o costume tolerado pela Corte, ou pela ausência de fiscalização de constitucionalidade, ou pelo fato de que o tribunal não dissesse expressamente, quando o poderia, que tal costume violaria a constituição.

Observe que as três razões acima descritas pelo Autor estão em ordem lógica, pois a terceira é um desdobramento da segunda, a qual o é por sua vez da primeira.

15.2 Doutrina Italiana

15.2.1 Carlo Girola

15.2.1.1 Particularidades dos costumes constitucionais

a) Elementos do Costume Constitucional

Os mesmos elementos que integram o conceito de norma consuetudinária tradicional devem também existir para os costumes constitucionais. Mas, para estes, devem ser observadas as peculiaridades do elemento subjetivo ou pessoal³²².

Segundo o Autor, no costume constitucional o elemento exterior, o qual é a observância uniforme e diuturna da regra de conduta, diz respeito somente à atividade desenvolvida por um limitado grupo de órgãos do Estado. Quanto ao elemento interno, este é a convicção que aquela regra é necessária. É evidente que este elemento deve se referir às pessoas físicas que são prepostos dos órgãos públicos, entendidos como esferas de atribuições relativas aos poderes e competências do Estado, agentes estes que dão aos órgãos estatais vida, vontade e

³²² CARLO GIROLA, *Le consuetudini costituzionali*. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tome III, Les sources des diverses branches du droit, Paris: Librairie du Recueil Sirey, s/d., p. 12.

ação, passando estes de unidades abstratas para órgãos estatais em sentido próprio³²³.

Como se nota, em relação aos elementos do costume constitucional segundo a visão de Carlo Girola, não se trata simplesmente da existência de peculiaridades do elemento subjetivo ou pessoal, que diferenciariam aqueles costumes do costume tradicional. Como se constata, nos costumes constitucionais, em realidade, há o desaparecimento dos elementos constitutivos do costume, seja o objetivo ou subjetivo. Isto porque a habitualidade desaparece e conseqüentemente o fator tempo, bem como não há a necessidade da consciência de sua obrigatoriedade como requisito para a existência do costume, pois pode-se primeiro estabelecer-se o costume constitucional para depois este ser posto em prática sem que haja o desenvolvimento de tal consciência.

b) O Fator Tempo nos Costumes Constitucionais

Para Carlo Girola, o tempo é fator para o surgimento de um costume constitucional, pois argumenta que “quando um órgão constitucional nas suas relações com outros órgãos tem sempre e constantemente o mesmo comportamento, pode se dizer que este é obrigatório, ou seja, que nos seus confrontos e pelos quais esta relação é um imperativo considerado jurídico porque foi posto pelo Estado.”³²⁴.

Para reforçar esta ideia, mais uma vez diz que “pode-se então concluir que a vontade do Estado se expressa por meio daquela forma, ou seja, por meio de uma prática constante e uniforme, sendo tal vontade capaz de criar o imperativo jurídico ...”³²⁵.

Como se nota, segundo Carlo Girola, o tempo é fundamental para o surgimento do costume constitucional, pois para uma prática ser *constante* e também *uniforme* é preciso que antes de tudo esta se repita várias vezes, ou seja, *constantemente*, além de que a uniformidade de uma conduta também deriva da repetição, pois a repetição irá gerar o caráter uniforme, ou seja, igual às ações precedentes. Assim, constância e uniformidade são relações necessárias e indissociáveis, às quais dependem da repetição no tempo.

³²³ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 14.

³²⁴ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 22.

³²⁵ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 23.

c) Sujeitos: Órgãos Constitucionais do Estado

Prossegue o Autor que o costume constitucional, como o próprio nome diz, pode formar-se das relações recíprocas entre os órgãos constitucionais ou imediatos ao Estado. E são órgãos constitucionais os que, em relação ao conteúdo de suas atividades, são autônomos e independentes, bem como porque não se submetem ao comando de outros órgãos, além de que no ordenamento do Estado eles constituem o meio essencial e principal para o exercício da atuação do poder supremo de império³²⁶.

Pode-se acrescentar que também a matéria regulada por um costume constitucional é bem diversa e não diz respeito às relações patrimoniais entre os sujeitos privados, como se nota no direito privado. Trata-se, para os costumes constitucionais, das relações entre órgãos imediatos, os quais são tidos como tais porque as suas ações sempre exprimem e dão consistência à vontade do Estado. Portanto, o campo próprio do direito constitucional consuetudinário é circunscrito a essa esfera de relações e não diz respeito a sujeitos privados, aos quais tais relações podem interessar somente indiretamente³²⁷.

Os agentes imediatos do Estado são os titulares do exercício das respectivas atribuições constitucionais referentes aos órgãos de soberania (ou poderes de Estado), os quais materializam a constituição, sujeitos esses dotados de independência e autonomia face aos outros sujeitos constitucionais encarregados do cumprimento da constituição.

d) “Opinio juris et necessitatis” e Consciência Popular

Segundo o Autor, não pode ser adotado como pressuposto para que o direito consuetudinário seja reconhecido como aquele observado efetivamente sem que a autoridade do Estado o tenha declarado formalmente como norma e provido de sanção, o fato de que a força obrigatória do costume seja dada pela consciência popular. Esta consciência, segundo essa concepção, aceitaria e reconheceria o costume como direito. Carlo Girola sustenta sua discordância a essa teoria, em face da indeterminação e da falta de consistência do conceito de “consciência ou convicção popular”. Para o Autor, uma rigorosa argumentação jurídica não pode

³²⁶ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 13.

³²⁷ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 17.

fundar-se sob essa premissa, sob pena de desconsiderarmos por completo o elemento formal externo³²⁸ ao darmos exclusiva importância ao elemento interno³²⁹

Nota-se aqui mais uma reformulação do elemento subjetivo do costume (“*opinio juris et necessitatis*”). Seria uma força obrigatória acompanhada de sanção, sanção esta baseada na responsabilidade política perante os eleitores, ou seja, a consciência popular (leia-se: do eleitorado). Embora Carlo Girola não aceite esta questão em particular (pois sustenta que a força obrigatória viria da vontade do Estado), Carmelo Carbone, como se verá, concorda e chama a “*opinio juris et necessitatis*” de “opinião pública”.

e) Vontade do Estado

Porém, a posição doutrinária tradicional, a qual reconhece a eficácia dos costumes somente quando há o reconhecimento legal afirma que o costume não é admitido como fonte independente porque não consegue conter a sua característica de traduzir a vontade do Estado. Mas, para o Autor, isto não condiz com a realidade e pode ser demonstrado que o costume traduz a vontade do Estado³³⁰.

A criação dos costumes constitucionais pela vontade do Estado está circunscrita dentro das relações entre Executivo e Legislativo, como assevera o Autor, possuindo estas relações natureza política. Além disso, a vontade do Estado inscrita nas normas constitucionais (fruto do poder constituinte) não se confunde com a vontade dos agentes constituídos para a execução e cumprimento das normas constitucionais.

Não se pode perder de vista o ensinamento de Jorge Miranda segundo o qual o Estado e os indivíduos, bem como as instituições públicas, estão submetidas à obediência ao direito. Não há Estado sem direito, pois o elemento jurídico é indissociável da noção de Estado, bem como não pode haver a noção de poder sem a respectiva noção de direito, mesmo porque todas as autoridades são sempre constituídas por meio de uma Constituição³³¹.

³²⁸ Segundo Carlo Girola, é o caráter imperativo ou força obrigatória atribuído pela vontade do Estado de forma direta ou imediata aos costumes constitucionais.

³²⁹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 27-28.

³³⁰ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 18.

³³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, tomo I, 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 10.

Assim, baseado nisto, a vontade do Estado se manifesta por meio de normas e condiciona e dirige a vontade dos seus agentes, imediatos ou mediatos. Tais agentes não criam a vontade do Estado, mas, sim, executam-na, ainda que discricionariamente, pois discricionariedade não significa total liberdade e esta também está condicionada à vontade do Estado, ou seja, à vontade da constituição (“mens legis”). Do Contrário, para que serviria a constituição? Se a vontade dos agentes, sempre pessoal, individualizada e subjetiva, fosse a real vontade do Estado, criar-se-ia a cada mandato (seja do presidente da república ou dos parlamentares) uma nova constituição.

Como nos ensina a doutrina, a discricionariedade significa agir de mais de uma maneira, mas dentro das maneiras autorizadas pela lei³³².

Como se verá mais a frente, segundo o Autor, a diferença entre costume e norma jurídica é somente de caráter formal. Assim, a norma jurídica é sempre a expressão da vontade estatal porque a sua força obrigatória deriva sempre de uma vontade independente e externa aos destinatários, bem como expressa o poder originário de império³³³.

Reconhece o Autor que a formação do direito na nossa sociedade é função essencial e exclusiva do Estado, uma vez que não devemos admitir outra fonte de produção do direito que não seja a vontade do Estado, mas isto não significa que não se deva reconhecer a existência do costume³³⁴.

Assevera ainda que “caso se demonstre (façamos uma hipótese)” que o costume, da mesma forma que a lei, obtém sua força obrigatória da vontade do Estado, é claro que nenhum prejuízo pode haver para a teoria da estatização do direito. Este é, então, o ponto fundamental da questão e somente assim é possível admitir as outras teses que defendem a admissibilidade dos costumes como fonte independente³³⁵.

Veja-se que neste ponto é expressiva e categórica a colocação de Carlo Girola, pois o Autor diz expressamente que “Caso se demonstre (façamos uma hipótese)”, para em seguida afirmar que “Este é, então, o ponto fundamental da questão” e que “somente assim” pode-se admitir o costume constitucional como

³³² CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 821.

³³³ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 20.

³³⁴ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 18.

³³⁵ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 18-19.

fonte independente do direito constitucional. Como se nota, todo o raciocínio e respectivas justificativas são baseados numa hipótese, da qual sua aceitação depende o reconhecimento do costume como fonte independente do direito constitucional. E isto para qualquer tese que assim declare os costumes. Ainda, Carlo Girola inicia sua colocação hipotética com a condicionante “caso”, ou seja, somente se tal hipótese for aceita, pois caso não o seja, não será possível admitir qualquer tese que declare o costume como fonte independente do direito constitucional. A esta condição hipotética como condição de aceitação de seu pensamento serão acrescidos mais a frente nesta dissertação outros elementos que demonstram que a validade do costume, como fonte independente do direito constitucional, não se trata de uma constatação, mas mera hipótese para justificar a ação dos agentes titulares dos órgãos constitucionais chamados por Carlo Girola de “imediatos”.

f) Vontade Legislativa do Estado

Quando a vontade do Estado se exprime por meio da lei, esta é formada através de um procedimento especial tanto na forma como quanto aos órgãos que participam do processo. Contudo, isto não significa que a vontade do Estado só possa ser expressa por meio de lei, sendo, portanto, admitidas outras formas de expressão da vontade daquele³³⁶.

Diz ainda que a vontade legislativa do Estado se expressa por meio de seus órgãos, não se expressando de forma total e exclusiva através da lei³³⁷.

Não obstante, foi a própria constituição que estabeleceu que a vontade do Estado se dará por esta ou aquela forma, sendo aparentemente incorreta a afirmação acima de que o fato de haver uma forma prevista para que o Estado expresse sua vontade, não exclui outras formas não previstas na constituição.

Novamente aqui aparece a ideia de uma constituição não escrita, paralela e superior à escrita, como forma de se estabelecer a prevalência de uma constituição costumeira, superioridade esta inclusive a se manifestar quanto à chamada constituição material, uma vez que as normas materiais abrangem as atividades dos órgãos do Executivo e do Legislativo, ou seja, são normas que disciplinam o poder em suas várias manifestações.

³³⁶ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 29.

³³⁷ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 22.

O Autor também transforma a vontade dos agentes políticos em “vontade legislativa do Estado” aumentando ainda mais a distância entre os costumes constitucionais e a teoria geral do direito, pois cria um poder legislativo individual e pessoal, uma vez que a vontade ou interpretação de uma pessoa passaria a ser a “vontade legislativa do Estado”.

g) Imperativo Jurídico (Elemento Formal)

“Dessa forma, pode-se então dizer que a vontade do Estado concede imperativos jurídicos aos órgãos constitucionais e a estes somente, e o faz sem uma declaração legislativa explícita. O imperativo jurídico expressamente declarado é indispensável quando deve se impor aos sujeitos privados; mas quando o comando é voltado para os órgãos constitucionais pode se dizer que para eles sempre haverá o imperativo jurídico qualquer que seja o comportamento que eles tenham se obrigado a cumprir na suas relações e inter-relações com os outros órgãos constitucionais.”³³⁸.

Para o Autor, quando se usa a expressão “direito consuetudinário”, esta concepção significa que excepcionalmente é a vontade do Estado que fornece o elemento formal e o imperativo jurídico aos costumes, sendo que este elemento formal é fornecido por meio de força obrigatória concedida pelo Estado. Assim, afirma o Autor que não há importância no modo ou na forma com a qual a vontade soberana do Estado fornece a uma norma o imperativo jurídico. O Autor reconhece que a regra é no sentido de que o costume só tem valor jurídico quando há o respectivo reconhecimento legal. Contudo, aponta como exceção a esta regra o costume constitucional³³⁹.

Relativamente à questão de que o costume constitucional traduz a vontade do Estado e não precisa ser reconhecido pela lei ou pelos tribunais, não há uma razão jurídica para os costumes constitucionais serem exceção, vale lembrar que a constituição italiana não prevê o costume constitucional como fonte do direito, como já visto na doutrina de Riccardo Guastini. Ressalte-se ainda que tal ausência de previsão não é exclusividade da constituição italiana.

Também, se o costume constitucional fosse a expressão da vontade do Estado, não haveria mais a figura do costume “contra legem”, pois todo o costume

³³⁸ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 22-23.

³³⁹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 21.

constitucional seria fruto de um poder constituinte originário tácito estatal e, por isso mesmo, ilimitado. Nunca haveria a contrariedade do costume em relação à constituição escrita.

Nota-se que o Autor estabelece que a vontade do Estado se confunde com a vontade dos agentes políticos. Assim, sem o dizer expressamente, é afirmado que não é por meio da constituição que se expressa a vontade estatal, ou melhor, os parâmetros da vontade estatal, mas, sim, por meio da vontade e, sobretudo, da interpretação que os agentes políticos possam fazer da constituição. Dessa forma, volta-se à ideia representada por Anna Cândia e que ao final se concluiu de que não é a constituição que regula o Estado, mas, sim, a vontade pessoal dos agentes políticos ou seus interpretes. Indiretamente, ou mesmo diretamente, é uma tentativa de se estabelecer uma constituição não escrita, à maneira da Inglaterra.

h) Vinculação dos Órgãos

Os costumes constitucionais vinculam os órgãos constitucionais na medida em que estes expressam a vontade do Estado. O costume é fonte de direito constitucional porque, assim como a lei, deriva da vontade do Estado e é então que o imperativo jurídico constitui-se em elemento formal da norma consuetudinária³⁴⁰.

Quando o Autor trata da vinculação dos órgãos constitucionais diante dos costumes constitucionais verifica-se que estariam sendo equiparados os costumes constitucionais às convenções constitucionais inglesas, pois nestas, segundo as chamadas “três questões de Jennings” expostas nesta dissertação, são as convenções constitucionais que vinculam os agentes destinatários delas, sendo inclusive a ideia de vinculação um dos requisitos para criação das convenções.

i) Sanção: novo conceito e a Força Obrigatória dos Costumes

Argumenta o Autor que não se pode dizer que os costumes [tradicionais] não possuem sanção quando este costume [tradicional] atinge a característica de fonte do direito por meio da lei, a qual é a manifestação de vontade do Estado³⁴¹.

Diz ainda: “No entanto, nos costumes constitucionais não ocorre a falta da sanção, quando se entende sanção não no seu sentido rigorosamente jurídico,

³⁴⁰ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 23.

³⁴¹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 28.

segundo o qual a sanção é um instituto que reforça o imperativo jurídico, mas não é a fonte do imperativo jurídico. No conceito de sanção, em sentido amplo, pode-se incluir a chamada reprovação social ou política”³⁴².

Nota-se novamente a necessidade de, para fazer a justificação acima mencionada, modificar conceitos jurídicos. Neste caso a modificação recai sobre o conceito de sanção.

Como já visto, o Autor muda o conceito de sanção legal, pois não há outro tipo de sanção, uma vez que uma pessoa só pode sofrer uma sanção, seja civil, penal ou administrativa, em face de descumprimento de uma lei e quando a sanção estiver previamente estabelecida. Esta previsão trata-se de garantia e de um direito fundamental, previsto, por exemplo, na Constituição brasileira no art. 5º, II, de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Importante ressaltar que aqui o Autor está, à maneira de René Capitant e do pensamento representado por Anna Cândida, equiparando os costumes constitucionais às convenções constitucionais, apenas trocando de nome destas por aquelas.

Por fim, quando é falado que os costumes possuem as sanções sociais ou políticas, isso é mais uma demonstração de que está se falando em realidade das convenções constitucionais sob o nome de costume constitucional, pois são as convenções que possuem as sanções sociais ou políticas, sendo as políticas as emanadas dentro do parlamento pelos partidos, sendo as sociais a consequente reprovação dos eleitores, como ocorre na Inglaterra.

Relativamente à sanção também diz: “De qualquer modo, também as leis formais, inclusive as constitucionais, podem estar desprovidas de sanção no sentido estrito; da mesma forma os costumes constitucionais, o que não impede que estes sejam normas jurídicas”³⁴³.

O Autor afirma que as leis formais podem estar desprovidas de sanção em sentido estrito. Com isso, os costumes constitucionais também poderiam ser normas jurídicas da mesma forma que as leis formais, pois a ausência de sanção, portanto, não seria obstáculo à caracterização de uma norma como jurídica. Acredita-se que tais colocações não possuem adequação, pois não há norma jurídica desprovida de sanção, nem mesmo as constitucionais. Toda norma jurídica

³⁴² CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 28.

³⁴³ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 28.

possui como consequência pelo descumprimento sanções de natureza civil, administrativa ou penal. No mínimo, a sanção pelo descumprimento de uma norma seria a nulidade.

Portanto, além da colocação do Autor não estar adequada à teoria do direito, ela demonstra que, em realidade, há a já citada tentativa de equiparação com as convenções constitucionais, pois estas são desprovidas de sanções jurídicas. Suas sanções são de natureza política, como já visto.

Ainda: “É também verdade que a vontade do Estado cria normas jurídicas justamente por estas derivarem da sua vontade, a qual vincula e obriga os órgãos constitucionais independentemente de uma explícita declaração legislativa”³⁴⁴.

Quanto à esta questão, reitere-se o que já foi dito mais acima quanto ao item relativo à vinculação dos órgãos, onde é falado sobre as “três questões de Jennings” e a equiparação às convenções constitucionais.

15.2.1.2 Costume e Lei. Semelhanças e Diferenças

Segundo o Autor, quando se considera apenas o conteúdo das várias categorias de normas (norma ética, social, inclusive aquelas que são observadas pelo uso constante e pela convicção de sua necessidade) não é possível distinguir estes vários tipos de norma da norma chamada jurídica. Dessa forma, o conteúdo preceptivo de uma norma jurídica sempre possui uma exigência fundamental, a qual significa manter a ordem e assegurar as condições fundamentais da vida na sociedade organizada como Estado³⁴⁵.

Essa exigência fundamental não exclui aquelas normas consuetudinárias, uma vez que uma norma consuetudinária possui sempre o conteúdo ou fornece a matéria para formulação de uma norma jurídica. Assim, o uso uniforme e regular de uma dada relação por um modo também específico, quando acompanhado da convicção de sua necessidade, não é um conteúdo exclusivo da norma jurídica, em face de que o costume pode fornecer o elemento material à norma jurídica. Portanto, esclarece o Autor, a norma consuetudinária e a norma jurídica não se diferenciam quanto ao conteúdo, mas apenas quanto à forma³⁴⁶.

³⁴⁴ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 29.

³⁴⁵ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 19.

³⁴⁶ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 19-20.

Sustenta o Autor que a uma conclusão diversa deve se chegar caso desconsidere-se o conteúdo e se considere apenas o elemento formal das várias categorias de normas. A única diferença é que no direito constitucional a força obrigatória do costume deriva de modo direto e imediato, enquanto nos outros ramos do direito (público e privado) a força obrigatória é sempre dada pelo próprio Estado, mas de um modo indireto e mediato, sempre submetendo o costume ao reconhecimento da lei³⁴⁷.

Não se poderia resumir as diferenças entre lei e costume a um único aspecto, como assevera o Autor, pois várias são as diferenças entre os tipos normativos. Pelo que se nota, Carlo Girola, juntamente com a corrente de pensamento exposta por Anna Cândida, a qual é similar ao pensamento de René Capitant (como se verá mais a frente), alteram a teoria geral do direito e criam um direito de exceção. Aqui Carlo Girola cria dois regimes jurídicos para aos costumes: um para os costumes constitucionais, para os quais a sua força obrigatória é direta e imediata, ou seja, não depende do reconhecimento por parte do Estado, novamente em dissonância com os ensinamentos de H. L. A. Hart³⁴⁸ expostos nesta dissertação quando das observações de ordem crítica às ideias expostas por Anna Cândida.

E também cria um regime jurídico próprio para os costumes empregados em todos os outros ramos do direito público e do direito privado. Como se observa, o Autor inicia o seu raciocínio alicerçado na teoria geral do direito, mas, depois, baseado apenas em uma observação hipotética (“facciamo pure l'ipotesi ora”, acrescentando ainda de que essa hipótese não traz prejuízo à teoria da estatização do direito), transforma a teoria geral do direito e passa a dizer que os costumes são iguais às leis como fontes jurídicas independentes porque em ambos a força obrigatória derivaria da vontade do Estado, a qual seria a vontade pessoal dos agentes titulares dos órgãos constitucionais imediatos. Mas isto é correto apenas parcialmente, pois se é verdade que a força obrigatória de qualquer costume deriva da vontade do Estado, também é verdade que o Estado só outorga a sua força obrigatória quando há o reconhecimento do costume pelo próprio Estado, o que se dá por meio do reconhecimento legal ou judicial. Sem tais reconhecimentos, os respectivos costumes não passam de hábitos e são meras expectativas de direito,

³⁴⁷ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 20.

³⁴⁸ HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *O conceito de direito*, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 53 e ss; p. 59 e ss..

no sentido de que são meras normas com a expectativa hipotética de se tornarem direito, conforme nos ensina H. L. A. Hart. Além disso, os agentes dos órgãos imediatos do Estado executam as normas ao invés de criarem normas ao arrepio das próprias normas, vale dizer, o que prevalece é a “mens legis” e não a vontade pessoal, individual e subjetiva dos respectivos agentes.

15.2.1.3 Âmbito de Atuação dos Costumes Constitucionais

15.2.1.3.1 Reserva de Lei e Lacunas

Aqui também se constata que o Autor mudou as noções de reserva legal e de lacuna. Segundo o Autor, para completar seu exame sobre o tema é necessário observar também que a maior parte das relações entre Poder Legislativo e Poder Executivo é regulada pelo conjunto de normas jurídicas fundamentais relativas à organização do Estado, sendo que para tais normas cuja maioria se reúne em um documento especial ou solene e sob a forma escrita, não podem elas serem sobrepostas pelos costumes³⁴⁹.

Ou seja, a disciplina das relações que estão sob o império da lei, a qual traduz ou fixa de forma explícita e definida a vontade do Estado, torna-se um preceito obrigatório ao qual não se pode opor um costume. Esta é uma regra geral que vale tanto para o direito privado como para o direito público³⁵⁰.

No entanto, Carlo Girola não admite os costumes para as normas da constituição material, ou seja, para as normas fundamentais da constituição.

Carlo Girola demonstra que sua concepção de lacuna constitucional não está vinculada à capacidade de uma norma ou conjunto de normas regerem todas as relações jurídicas delas decorrentes, mas, sim, no sentido de que lacuna ocorreria quando tal questão não estivesse disciplinada pelas normas fundamentais, às quais correspondem à constituição material. Contudo, é justamente nesta área constitucional, ou seja, das normas fundamentais, é que são estabelecidas a criação, divisão e exercício do poder, âmbito este específico para a atuação dos órgãos constitucionais imediatos. Note-se que, na Inglaterra, as relações entre os

³⁴⁹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 17.

³⁵⁰ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 17.

poderes de Estado, relações esta que em uma constituição escrita corresponderiam à normas constitucionalmente materiais (fundamentais), são disciplinadas por meio das convenções constitucionais.

Dessa forma, constata-se aparente contradição na fundamentação relativa à criação dos costumes constitucionais e à ideia de lacuna constitucional, pois estes decorreriam sempre da atuação dos órgãos imediatos do Estado no exercício de suas atribuições (leia-se: exercício do poder atribuído a cada órgão), criando a situação de que não pode haver lacunas dentro do âmbito das normas fundamentais e, ao mesmo tempo, segundo o Autor, é justamente dentro das normas fundamentais que se encontram as atribuições a serem exercidas pelos órgãos constitucionais imediatos, cuja atuação criaria os costumes constitucionais por representarem a vontade do Estado. Dessa forma, percebe-se que na visão de Carlo Girola reserva de lei (área onde existam as normas fundamentais caracterizadoras da constituição material) seria o critério para se definir a lacuna constitucional.

15.2.1.3.2 Campo de Exclusão da Ação dos Costumes Constitucionais

O Autor exclui a possibilidade de criação de costume constitucional para a atividade do poder judiciário. Sustenta que a atividade desenvolvida por alguns órgãos constitucionais não podem, em razão de sua natureza, ser absolutamente reguladas por normas consuetudinárias. Dessa forma, é vedado que a função jurisdicional seja formada por meio de um direito consuetudinário. As relações, pois, entre poder jurisdicional e poder legislativo, bem como entre poder jurisdicional e poder executivo, são relações de separação, onde interferências não seriam possíveis e o caráter genérico e impreciso dos costumes, mais aptos a gerar dúvidas, não seria aconselhável. Contudo, reconhece o Autor que ao poder judiciário pode ser aplicado uma norma consuetudinária por aquelas relações, mas só nos casos em que a lei autoriza [ou seja, somente costume “secundum legis”]. Conclui que deve ser assim, pois, diferentemente dos outros poderes, não pode ser obrigado a qualquer manifestação por meio da vontade do Estado (quando tal obrigação decorresse de uma norma consuetudinária)³⁵¹.

³⁵¹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 14.

Percebe-se que esta exclusão do poder judiciário do campo de atuação dos costumes constitucionais, se fôssemos levar em consideração a teoria apresentada pelo Autor sobre a criação e validade dos costumes constitucionais, não faria sentido. Isto porque haveria um poder constituinte supremo e ilimitado consubstanciado na vontade do Estado, a qual seria diretamente manifestada por meio da atuação dos agentes titulares dos órgãos imediatos do Estado. Bastaria a ação desses agentes para a criação de um costume constitucional.

Dessa forma, considerando que o poder judiciário é um dos órgãos imediatos do Estado, seus agentes também traduziriam a vontade estatal por meio de seus atos e, com isso, também poderiam criar costumes constitucionais. Seria, então, um poder judiciário legislador, com a particularidade de que não haveria quem pudesse fiscalizar a constitucionalidade de seus atos costumeiros, pois é o judiciário o responsável pela respectiva fiscalização. Nota-se de plano a impropriedade desta teoria da criação dos costumes constitucionais por meio da vontade do Estado.

Ainda, constata-se também que a exclusão do poder judiciário do campo de atuação dos costumes constitucionais, em face da sua função de fiscal da constituição, atesta a impossibilidade da aplicação do instituto da soberania do parlamento no sistema italiano.

Percebe-se que as colocações do Autor quanto à impossibilidade da criação de costumes constitucionais relativos à função judicial é mais uma demonstração da impossibilidade da sobreposição dos sistemas constitucionais inglês e continentais baseados em constituição escrita e rígida.

15.2.1.4 Relativizações e Afastamento da Teoria Geral do Direito

Pelo que se pode constatar, toda argumentação de Carlo Girola baseia-se numa hipótese condicional. E tal condição reside justamente em desconsiderar a teoria geral do direito, ou seja, criar um direito de exceção exclusivo e único para os costumes constitucionais. Mas tal abandono da base científica do direito não se faz de forma direta, mas indiretamente por meio de novas concepções (exclusivas para os costumes constitucionais), as quais são *atualizadas*, mais *gerais*, com *visão mais ampla*, *baseadas nos fatos*, *sem rigor técnico*, como menciona Carlo Girola durante suas considerações.

Passa-se então a uma espécie de adaptação, ou em outras palavras, de uma criação de premissas para sustentar a conclusão: a existência e a validade dos costumes constitucionais ilimitados criados por meio da vontade dos agentes dos órgãos constitucionais imediatos.

Diz o Autor: “Se aceitarmos as conclusões acima formuladas, em harmonia com o princípio segundo o qual cada norma jurídica deve basear-se na vontade do Estado não se vê por qual razão se deve preferir renunciar a uma *justificação* racional da força obrigatória do direito consuetudinário, especialmente no campo do direito constitucional, observando que uma solução diversa não resolveria satisfatoriamente a questão”³⁵². (grifos nossos)

Este “princípio” da vontade do Estado criado por Carlo Girola é a base de todo o seu raciocínio para criar a sua teoria de que os costumes constitucionais são normas jurídicas mesmo sem a presença dos elementos tradicionais que compõem os costumes. Percebe-se aqui que Carlo Girola desenvolveu toda a sua teoria baseada na vontade do Estado como fonte criadora do costume constitucional para justificar a criação de comportamentos que se sobrepõem às normas constitucionais escritas, criando uma constituição não escrita, paralela e superior. Trata-se, portanto, de uma justificação. Assim, amolda-se toda a teoria geral do direito aos comportamentos derivados do chamado *costume constitucional ilimitado*. Mas, em realidade, nem haveria o amoldamento da teoria geral aos costumes constitucionais, pois em realidade seria simples negação da teoria geral do direito aos costumes constitucionais, criando-se em realidade um direito de exceção.

O próprio Autor afirma que para os costumes constitucionais deve haver um regime jurídico diferenciado dos costumes privados e dos costumes dos outros ramos do direito público, mas, efetivamente, apenas afirma, sem explicar concretamente de onde surgiria a diferença de tratamento. Assim, é a teoria geral do direito sendo alterada por comportamentos específicos e não estes sendo disciplinados pela teoria geral do direito, como é o correto, pois a finalidade da teoria geral do direito é justamente regulamentar as condutas, e não o contrário. Mas, como diz o Autor, “se” esta sua teoria não for aceita (condição), não há como se aceitar a validade dos costumes constitucionais ilimitados como são apresentados. Portanto, trata-se, na essência, de uma teoria condicional.

³⁵² CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 27.

Como se constatou, no silogismo do Autor, a existência válida dos costumes constitucionais ilimitados é a conclusão. Assim, percebe-se que, de fato, esta conclusão precisa ser justificada por meio de premissas compatíveis, o que acarretou a construção de premissas por meio das citadas mudanças (releituras) de vários institutos da teoria geral do direito. Nos costumes constitucionais ilimitados, então, parte-se da conclusão para depois se construir as premissas, invertendo-se o silogismo, o que, em realidade, demonstra ser um silogismo apenas aparente e não real, pois efetivamente carece de lógica jurídica toda a construção dos costumes constitucionais como defendidos pelos Autores italianos, franceses e brasileiros citados nesta dissertação.

Em realidade, portanto, segundo Carlo Girola, embora este não o diga expressamente, não existiriam mais os costumes “contra constitutionem”, pois qualquer costume seria a vontade do Estado e criaria norma constitucional consuetudinária, sempre legitimamente. Acabaria a necessidade de se avaliar se um costume estaria ou não de acordo com a constituição, pois os costumes em seu conjunto seriam a própria constituição (não escrita), paralela e sempre prevalecendo sobre a constituição escrita fruto do poder constituinte originário.

Também assevera o Autor que “Com efeito, a formação do direito na nossa sociedade é função essencial e exclusiva do Estado, uma vez que não devemos admitir outra fonte de produção do direito que não seja a vontade do Estado, mas isto não significa que não se deva dar valor ao costume”. Ainda, diz o Autor: “*Caso se demonstre (façamos uma hipótese – ‘facciamo pure l’ipotesi ora’)* que o costume, da mesma forma que a lei, obtém sua força obrigatória da vontade do Estado, é claro que nenhum prejuízo pode haver para a teoria da estatização do direito”³⁵³. (grifo nosso)

Nota-se que o Autor reconhece ser a formação do direito função essencial e exclusiva do Estado. Esta afirmação é consentânea com a teoria geral do direito, o que é confirmado inclusive pelas colocações de H. L. A. Hart quando trata dos *modos de origem* do direito e da questão do *soberano e os súditos*, como já exposto nas observações de ordem crítica relativas às ideias de Anna Cândida como pode se ver mais a frente nesta dissertação, razão pela qual não serão repetidas aqui.

³⁵³ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 18-19.

Não obstante, embora reconheça tal situação, o Autor acaba mais uma vez relativizando a teoria geral do direito (o que significa apartar-se de tal teoria) para dizer que pode ser admitida outra fonte de normas jurídicas que não seja a vontade do Estado. Inicialmente, tais colocações do Autor denotam uma aparente contradição de ideias, pois toda a base da sua teoria recai sobre os costumes constitucionais serem fruto da vontade do Estado, mas nas colocações acima, o Autor argumenta que o costume pode nascer por forma diversa da vontade estatal. Em realidade, mais uma vez, a inadequação das ideias é fruto do afastamento da base científica do direito, ou seja, de sua teoria geral.

Assim, o direito seria fruto da exclusiva vontade estatal manifestada pelas leis ou pelo reconhecimento judicial, bem como ao mesmo tempo não seria. É mais uma releitura das noções tradicionais para se justificar a existência dos costumes constitucionais. A confirmar esta justificação, o Autor mesmo afirma que toda a sua teoria não passa de uma hipótese condicional (“facciamo pure l'ipotesi ora”), no sentido de que a condição (“Caso se demonstre”) para o reconhecimento da existência válida de tais costumes seria a concordância com sua hipótese teórica.

Diz Carlo Girola: “Pelo exposto, portanto, e sem me alongar sobre estas questões que já foram amplamente estudadas, parece-me que é necessário partir de um ponto de vista mais geral. Para isso se faz necessário recorrer a outros argumentos”³⁵⁴. (grifo nosso).

Ou seja, *um ponto de vista mais geral*, mais flexível, menos técnico ou, em outras palavras, menos conforme à ciência do direito, ocorrendo uma transposição da ciência jurídica para a política. Daí a necessidade do autor também de *recorrer a outros argumentos*.

Diz ainda que “o costume não pode ser caracterizado como fonte do direito privado, pois este deriva da lei positivada, razão pela qual não se pode admitir princípio diverso no direito público. Mas, evidentemente, esta tese parte do pressuposto que as duas questões da existência do costume no direito privado e no direito público, especialmente no direito constitucional, se encontram debaixo de uma mesma linha. Tem-se esclarecido que seja em relação aos sujeitos, seja em relação às relações, que o costume constitucional limitadamente a este ponto, é

³⁵⁴ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 16.

possível. E que pode ser apontada a peculiaridade do problema e do modo com o qual o costume no direito constitucional atinge sua força obrigatória.”³⁵⁵.

Nas observações acima o Autor aponta que a razão de ser da existência dos costumes constitucionais estão limitadas às relações constitucionais e aos sujeitos que desempenham estas relações, concluindo-se que fora destes limites não poderia haver costumes constitucionais. Com isso percebe-se que não é a vontade do Estado a fonte criadora dos costumes, mas, sim, a vontade pessoal dos agentes estatais.

E continua: “De qualquer forma, pode-se acrescentar que o desacordo que existe sobre esta questão é mais aparente que real, pois não se deve realmente negar a existência do princípio geral da completude do ordenamento jurídico, *mas apenas reconhecer que este merece apenas uma atenuação no campo do direito constitucional*”³⁵⁶. (grifo nosso)

Mais uma vez aqui há uma releitura dos institutos jurídicos, pois nas considerações acima o Autor relativiza a noção de lacuna jurídica e o caráter da completude do direito, para dizer que estes merecem uma atenuação no campo do direito constitucional, mas não há qualquer explicação de onde viria a autorização para esta atenuação excepcional.

Carlo Girola apresenta como uma de suas conclusões que “Destes princípios se podem tirar importantes consequências: a) Está confirmada a observação já feita no início que a questão da existência do costume constitucional é uma questão que só deve ser resolvida com critérios, os quais devem ser uniformizados às premissas gerais, mas com critérios próprios e particulares à matéria quando se tratar do direito constitucional”³⁵⁷.

Como se nota, de uma inicial hipótese condicional passa-se a uma confirmação da existência válida dos costumes constitucionais ilimitados. Além disso, também se percebe uma contradição, pois os critérios próprios citados anulam justamente as premissas às quais deveriam uniformizar-se, como já exposto.

³⁵⁵ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 16.

³⁵⁶ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 31.

³⁵⁷ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 24.

Ainda, como conclusão, diz que “c) Não se pode seguir outra teoria [a teoria exposta por Carlo Girola] para *justificar* a força obrigatória dos costumes dentro do direito constitucional”³⁵⁸. (grifo nosso)

O Autor também nas colocações acima confirma que fora da sua argumentação não há como reconhecer a existência válida dos costumes constitucionais expostos, bem como que toda a sua construção argumentativa é, em realidade, uma justificativa para a existência dos costumes citados. Ou seja, não se demonstra a existência dos costumes, mas, sim, se justifica. É uma forma de afirmar a existência dos costumes constitucionais ao invés de demonstrá-la.

A reforçar o caráter hipotético, geral e abstrato das colocações do Autor, este diz “Mas esta e outras observações não possuem, a meu ver valor absoluto”, alegando ainda que “Mas partindo de um ponto de vista mais abstrato do que concreto, excetuando-se...”³⁵⁹.

Percebe-se aqui mais uma flexibilização, pois o que não possui valor absoluto é necessariamente relativo e, dentro da esfera de relatividade, muitos podem ser os entendimentos, o que traduz novamente uma indefinição das ideias, as quais geram como decorrência desdobramentos também indefinidos. Nota-se também que, seguindo a mesma linha de flexibilização das ideias e dos conceitos, parte de “um ponto de vista mais abstrato do que concreto”. Compreende-se que aquilo que é concreto corresponde ao que é real, posto, que existe efetivamente, ao passo que a abstração justamente existe para se distanciar ou apartar-se do real, ou seja, do concreto. Valendo-se da abstração, o Autor desconsidera o caráter concreto da realidade jurídica, ou seja, os postulados da ciência do direito já concretizados, os postulados que existem como realidade e não como abstração ou conceitos relativos e indefinidos. Uma argumentação baseada somente em concepções “abstratas”, “gerais”, “sem caráter absoluto” alicerçar-se-á por sua vez em base que carece de solidez, gerando novamente a indefinição das ideias e dos respectivos desdobramentos. Neste, sentido vale mais uma observação. Como se constata na presente dissertação, tal releitura dos conceitos é usada não só por Carlo Girola, mas também por, Carmelo Carbone, René Capitant, Pierre Avril, Anna Cândida, Luiz Roberto Barroso e Uadi Lâmega Bulos, aspecto este que ao qual se retorna quando das conclusões.

³⁵⁸ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 24.

³⁵⁹ CARLO GIROLA, *op. cit.*, p. 18.

15.2.2 Riccardo Guastini

15.2.2.1 Costumes Constitucionais

Costumes constitucionais são aqueles que se instauram por meio da atuação dos órgãos constitucionais em suas relações recíprocas³⁶⁰.

É duvidosa qual seria a posição do costume constitucional dentro do direito constitucional. Em realidade, a constituição não faz qualquer menção à fonte consuetudinária. A rigor, não se deve concluir que, no âmbito constitucional, o costume possa operar não mais como fonte legal, mas, sim, como fonte “extra ordinem”. Não é essa, contudo, a opinião que prevalece na doutrina³⁶¹.

15.2.2.2 Fatos Normativos, Princípio da Efetividade e Validade “ex post”

Como já foi dito, um exemplo paradigmático e talvez único de fato normativo previsto capaz de criar normas jurídicas é o costume jurídico³⁶².

Entende-se que um fato pode ser normativo, ou seja, gerador de normas jurídicas (válidas) apenas se tal fato gerar uma norma que o assuma como uma espécie fática condicionante daquela específica consequência jurídica, a qual nasce de uma nova norma jurídica. Em outras palavras, são normativos apenas aqueles fatos que o direito autoriza a sua produção, gerando um direito novo. Neste sentido, os fatos normativos são fontes normais do direito, ou seja, são fontes legais do direito³⁶³.

São, portanto, fatos normativos todos aqueles comportamentos humanos que produzem normas jurídicas sem que sejam expressamente formulados por meio de disposições. O direito produzido por meio dos fatos normativos é, em suma, o direito não escrito. Caso paradigmático do fato normativo é o costume³⁶⁴.

A noção de fonte “ex ordinem” está também diretamente relacionada à ideia de fato normativo. Isto por que, os fatos normativos podem ser ordinários

³⁶⁰ RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano: Giuffrè, 1993, p. 264.

³⁶¹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 264-265.

³⁶² RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 257.

³⁶³ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 256.

³⁶⁴ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 256.

(fontes legais do direito, tendo o autor citado o costume jurídico como exemplo), bem como extraordinários, compreendidos como fontes extraordinárias do direito (“extra ordinem”), como se verá abaixo.

Dessa forma, segundo o Autor, a noção de fato normativo pode também incluir aqueles fatos (eventos ou comportamentos) que produzem direito, malgrado não haja nenhuma norma jurídica expressamente prevista. Exemplo paradigmático (e ao mesmo tempo extremado): uma revolução vitoriosa ou um golpe de Estado também vitoriosos capazes de instaurarem um novo ordenamento jurídico. Nestes casos, fala-se em fontes “extra ordinem”³⁶⁵.

Geralmente falando, diz-se fontes “extra ordinem” para todos aqueles fatos que, mesmo não sendo previstos por uma norma como capazes de gerarem direito, criam normas que são aceitas e observadas por parte de seus destinatários, impondo-se como normas válidas em virtude do chamado “princípio da efetividade”³⁶⁶.

Para o Autor, princípio da efetividade possui duplo aspecto. No primeiro, significa que uma norma deve considerar-se válida quando seja geralmente aceita e observada pelos seus destinatários (ainda que não corresponda aos critérios de validade do ordenamento jurídico vigente). Já no segundo aspecto, inversamente, uma norma não pode ser considerada válida quando não seja aceita e observada por seus destinatários (ainda que responda aos critérios de validade do ordenamento vigente)³⁶⁷.

Assim, nas fontes “extra ordinem” temos um comportamento ou um conjunto de comportamentos que, apesar de ilegítimos ou não previstos dentro do ordenamento jurídico, acabam por criarem normas efetivamente aceitas e observadas³⁶⁸.

A ideia exposta pelo Autor de *validade “ex post”* (validade posterior) significa que as normas “extra ordinem” não são válidas (e tampouco jurídicas) segundo os critérios de validade do ordenamento vigente no momento em que são criadas. Contudo, em face do princípio da efetividade, adquirem sua validade “ex post”, posteriormente, sendo estas normas consideradas novas e derogatórias das

³⁶⁵ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 256.

³⁶⁶ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 256-257.

³⁶⁷ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 257.

³⁶⁸ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 257.

normas anteriores³⁶⁹. Ou seja, são normas ilegais que transformam-se em legais com sua aplicação, desaparecendo, portanto, a ideia de ilegalidade de uma norma. Basta criar – e aplicar – uma norma ilegal para que ela adquira validade (legalidade).

Com esta noção de validade “ex post” há mais uma relativização, só que agora em relação à própria noção de legalidade. Transforma-se o ilegal em legal, bastando para isso praticar a ilegalidade, prática esta que significaria a efetividade da norma, resultando na validade “ex post” e sua inclusão no direito positivo (efetivo, conforme a reformulação do Autor). Da mesma forma, acabaria-se com a noção de inconstitucionalidade, pois a inconstitucionalidade é a ilegalidade face à constituição. Além disso, com a relativização (ou seja, o fim) da inconstitucionalidade, também acabaria a própria noção de supremacia da constituição, pois uma constituição que nunca pudesse ser violada não seria suprema, pois não seria hierarquicamente superior.

Mais uma vez constata-se a tentativa de sobreposição do sistema constitucional inglês aos sistemas continentais já citados, pois na Inglaterra a constituição costumeira é também flexível e, por isso, as leis emanadas do parlamento inglês têm por efeito modificar a constituição em caso de incompatibilidade, uma vez que nas constituições flexíveis não há procedimento especial para a revisão constitucional.

15.2.2.3 Elementos dos Costumes

Riccardo Guastini, em relação aos costumes tradicionais e constitucionais, não os diferencia quanto aos elementos constitutivos e espécies de costumes. Os elementos constitutivos já foram vistos no item relativo aos costumes tradicionais nesta dissertação.

Apenas quanto ao elemento subjetivo, ou seja, a convicção de ser observada como uma norma jurídica (chamada “*opinio juris seu necessitatis*”), na esteira da tendência da doutrina italiana citada nesta dissertação, o Autor faz uma releitura da “*opinio juris seu necessitatis*”, pois agora ela estaria acompanhada de uma “expectativa de reciprocidade” (de tal modo que cada um oferece e tacitamente exige do outro uma conduta conforme a sua)³⁷⁰.

³⁶⁹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 257.

³⁷⁰ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 258.

Novamente aqui há uma releitura de um instituto jurídico, pois a “*opinio juris et necessitatis*” deixa de ser apenas a consciência de que a conduta deve ser obedecida e passa a ser acrescida da noção de reciprocidade ou, segundo o autor, uma “expectativa de reciprocidade”. Constata-se novamente a tentativa de se trazer para o sistema constitucional italiano o instituto das convenções constitucionais inglesas, pois estas é que são baseadas e têm sua razão de ser na expectativa de reciprocidade. As convenções, como acordos tácitos, fundamentam-se justamente na ideia de uma reciprocidade nas condutas, em face da bilateralidade intrínseca aos acordos.

15.2.2.4 Espécies de Costumes

Segundo infere-se dos ensinamentos do Autor, para os costumes constitucionais há as mesmas espécies do costume tradicional.

Cabem aqui apenas duas breves observações quanto aos “*praeter constitutionem*” e aos “*contra constitutionem*”.

Quanto aos costumes “*praeter legem*”, argumenta também o Autor que deve-se recorrer a estes costumes desde que já exista um costume a respeito de tal matéria como forma de colmatação de lacuna do direito³⁷¹.

Ainda, que o costume “*praeter legem*” desenvolve um papel legítimo de integração na constituição, necessariamente lacunosa e que, assim, o costume constitucional produz norma de alcance constitucional, mas estas normas constitucionais não podem ser modificadas ou derogadas por meio da atuação dos sujeitos encarregados de colocar a constituição em prática³⁷².

Muito importante a colocação de Riccardo Guastini de que no caso dos costumes “*praeter legem*”, quando houver lacunas, deve se recorrer aos costumes desde que exista um costume jurídico a ser usado. Se houver lacuna, mas para aquela situação não houver costume jurídico já criado que possa solucionar o caso concreto, não poderá ser criado um costume especificamente para o caso, mas, sim, devem ser usados os princípios gerais do direito.

³⁷¹ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 263.

³⁷² RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 265.

Assim, nos costumes constitucionais “*praeter legem*”, quando não há um costume constitucional anteriormente criado, passa-se a criação de um para solucionar a questão surgida.

Essa “criação” instantânea ou rápida de um costume constitucional é em realidade um comportamento imediato (ou em breve transcurso de tempo) materializado por meio de uma convenção constitucional, rotulada de costume constitucional com a finalidade de tornar-se norma jurídica e, portanto, obrigatória e até derogatória.

No caso dos costumes constitucionais “*preter legem*”, na ausência de costume constitucional específico, devem ser aplicados os princípios gerais do direito constitucional, os quais podem ser extraídos do direito constitucional geral (direito constitucional comparado).

O Autor também afirma que os costumes “*praeter legem*” não podem ao colmatar as eventuais lacunas ter o efeito de revogar as normas constitucionais, indicando, portanto, que os costumes “*contra legem*” não poderiam ser considerados válidos. Além disso, ao dizer que a atuação dos agentes imediatos do Estado (“os sujeitos encarregados de colocar a constituição em prática”) não poderia criar normas costumeiras contrárias à constituição, está se opondo à teoria defendida por Carlo Girola e Carmelo Carbone de que os costumes constitucionais são fruto da vontade direta do Estado, a qual se expressaria por meio de seus agentes imediatos, vale dizer, os titulares dos órgãos de soberania ou poderes de Estado.

Agora quanto à segunda observação, relativa aos costumes “*contra legem*”, não obstante a colocação acima de Riccardo Guastini no sentido de não aceitar a existência dos costumes contrários à constituição, o Autor acaba por aceitá-los, ao fazer uma distinção quanto aos costumes “*contra legem*”. Define-os primeiramente da maneira clássica como “aqueles que vão contra a lei (*‘lato sensu’*)”, ou seja, costumes criados em sentido diverso ao prescrito em normas escritas”, mas, posteriormente, dá-lhes uma nova vertente, classificando-os dentro das fontes “*extra ordinem*”, dizendo que “Vale a pena ressaltar que o costume ‘*contra legem*’ constitui não mais uma fonte legal do direito, mas uma fonte ‘*extra ordinem*’”³⁷³.

³⁷³ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 259.

Percebe-se que, pelas colocações acima, à maneira de Carlo Girola, o Autor inicia sua argumentação baseado na teoria geral do direito para em seguida criar uma relativização ou uma exceção para autorizar a existência dos costumes constitucionais ilimitados. Neste caso, o Autor faz toda uma argumentação baseada na impossibilidade dos costumes “contra legem” serem fonte do direito. Contudo, logo em seguida, abre uma exceção e diz que o costume “contra legem” é fonte do direito, mas não uma fonte legal e, sim, uma fonte “extra ordinem”.

Dessa forma, é criada uma exceção de forma repentina e desprovida de parâmetros ou critérios limitadores para os costumes que forem diferentes das normas escritas constitucionais. Assim, não haveria limites à criação de tais costumes. Com tal ausência de limites, a exceção pode facilmente se transformar em regra, trazendo como consequência, como já dito, a criação de uma constituição não escrita paralela à escrita e superior a esta.

15.2.2.5 Ausência de Previsão na Constituição Italiana do Costume como Fonte do Direito

A fonte consuetudinária não é prevista nem disciplinada pela constituição. O costume é fonte do direito em virtude do art. 1 das Disposições Preliminares do Código Civil, ou seja, em face de uma disposição infraconstitucional. Dessa forma, o costume é fonte estruturalmente subordinado à lei e deve atuar somente nos limites em que a lei assim o permita³⁷⁴.

Ainda, segundo doutrina italiana, diante do fato dos costumes estarem sempre vinculados à lei (nas três espécies de costumes acima citadas) a validade constitucional da norma consuetudinária é sujeita a controle de constitucionalidade difuso³⁷⁵.

15.2.2.6 Campo de Incidência dos Costumes e a Reserva de Lei

Menciona o Autor, que o uso do costume é proibido em matéria inserida dentro da chamada reserva de lei. Tais matérias não podem ser disciplinadas por

³⁷⁴ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 261.

³⁷⁵ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 263.

fontes diversas da lei. Nesta hipótese, uma lei que remetesse alguma matéria ao uso de um costume seria constitucionalmente ilegítima³⁷⁶.

Segundo Riccardo Guastini, “o art. 8 das Disposições Preliminares do Código Civil estabelece que “nas matérias reguladas pelos regulamentos os usos só possuem eficácia quando de acordo com aqueles. É necessário distinguir: a) as matérias ou as espécies fáticas disciplinadas pelas leis e regulamentos; e b) as matérias ou espécies fáticas que não são disciplinadas em fontes escritas”³⁷⁷.

O Autor nesta questão não diferencia os costumes constitucionais dos costumes tradicionais. Alega ainda que, baseado na noção de reserva legal, deve ser excluída a admissibilidade do costume “contra legem”, bem como do não uso (desuso). Isso pode ser confirmado pelo art. 15 das Disposições Preliminares do Código Civil segundo o qual uma lei só se revoga por outra. Assim, deve ser excluída, por linha de princípio, a ideia de que uma lei possa ser revogada por um costume contrário a esta ou por um não uso. Diz-se que tal afirmativa se dá “em linha de princípio”, uma vez que sempre é possível que o não uso possa atuar, de fato, como fonte “extra ordinem”³⁷⁸.

Pode-se constatar que o ordenamento jurídico italiano é baseado no direito escrito e não em um direito costumeiro, como ocorre na Inglaterra. Os costumes na Itália existem, mas de acordo com as citadas disposições preliminares do Código Civil italiano, da mesma forma que acontece com o Brasil e outros sistemas constitucionais de constituição escrita. Verifica-se mais uma vez a incompatibilidade do sistema constitucional inglês aos sistemas continentais de constituição escrita e rígida, o que inviabiliza a chamada “transposição livre”.

Além disso, constata-se que, pelo que já foi dito nas considerações de ordem crítica já feitas nesta dissertação, a figura do desuso não se aplicaria aos costumes constitucionais. Isto porque, como se pretende demonstrar neste trabalho, os costumes constitucionais ilimitados seriam, em realidade, as convenções constitucionais inglesas aplicadas aos sistemas constitucionais de constituição escrita e rígida que receberiam apenas o nome de costumes constitucionais.

Como nos sistemas constitucionais continentais citados não existe a figura da convenção constitucional como fonte não escrita de norma jurídica, mas

³⁷⁶ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 262.

³⁷⁷ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 261.

³⁷⁸ RICCARDO GUASTINI, *op. cit.*, p. 261.

apenas os costumes como esse tipo de fonte, tratou-se de nomear as convenções de costumes. Observando todas as características dos costumes constitucionais expostas pelos diversos autores italianos e franceses, bem como por Anna Cândida, percebe-se que são justamente as características das convenções constitucionais e não dos costumes jurídicos próprios dos sistemas baseados no direito escrito.

É por isso que os costumes constitucionais são desprovidos dos elementos constitutivos dos costumes jurídicos, pois naqueles não há necessariamente habitualidade, o fator tempo e a consciência da obrigatoriedade, ou seja, não há elemento algum. Os costumes constitucionais não seriam sequer costumes jurídicos. A mesma situação se aplica às convenções parlamentares italianas e francesas e aos costumes parlamentares destes países.

Em face disso é que se diz que não cabe a figura do desuso diante dos costumes constitucionais ou parlamentares franceses ou italianos, uma vez que estes costumes seriam convenções constitucionais. Como não existe o desuso nas convenções constitucionais, também não existiria na sua aplicação aos sistemas continentais, mesmo que estas sejam rotuladas de costumes constitucionais.

Diz-se que não há a figura do desuso nas convenções constitucionais, pois, como já visto, o não exercício total ou parcial de uma convenção constitucional (ou seja, o desuso) não significa o desaparecimento da respectiva convenção e nem autoriza que este não exercício seja oposto ao respectivo titular da convenção. Mesmo que não se use uma convenção por muito tempo, nada impede que esta seja utilizada quando surja a respectiva necessidade política, necessidade esta que, em verdade, guia o uso das convenções na Inglaterra.

Embora o Autor alicerce expressamente sua posição no sentido da não admissão do costume “contra legem” como fonte do direito, ele ao final o admite como fonte “extra ordinem”, sendo que tal admissão é desprovida de qual critério ou parâmetro limitador, o torna esta admissão sem limites. Tal situação acaba por anular, na realidade, toda sua argumentação anterior e o alinha com o pensamento de Carlo Girola e Carmelo Carbone. Como estes, sua argumentação inicial toma por base a teoria geral do direito, mas depois há a relativização das ideias para admitir o que aqui nesta dissertação foi chamado de costume constitucional ilimitado.

15.2.3 Carmelo Carbone

15.2.3.1 Elementos do Costume Constitucional e os respectivos Sujeitos

Segundo Carmelo Carbone, “os elementos constitutivos do costume são sempre os mesmos, seja qual for o ramo do direito em que se manifeste, assumindo, no entanto, comportamento diverso segundo a matéria disciplinada por esta fonte do direito. Esta diversidade de comportamento dos elementos constitutivos deriva dos vários modos daqueles elementos se determinarem em relação à matéria em que o costume surge e se desenvolve. Não há mudança na sua essência. Contudo, há variação no modo de sua manifestação... . Assim também ocorre quando os sujeitos elaboradores de uma norma consuetudinária sejam os Estados ou os órgãos estatais, uma vez que estes agem por meio de pessoas físicas que são os seus prepostos”³⁷⁹.

Como se nota, também Carmelo Carbone afirma que o costume constitucional precisa ter os mesmos dois elementos constitutivos do costume tradicional e que a essência é mesma. Assim, à maneira dos demais autores italianos aqui citados, inicialmente sua argumentação começa baseada na teoria geral do direito para logo em seguida apartar-se dela por meio de reformulações de conceitos ou característica próprias para justificar a existência dos costumes constitucionais ilimitados.

O Autor diz que são iguais nos elementos constitutivos e na essência. No entanto, alega que os elementos se “comportam de maneira diferente” nos costumes constitucionais. Em verdade, como se verá pelas características dos costumes logo abaixo, os costumes constitucionais e os tradicionais não são iguais nos elementos e nem na essência, sendo em realidade bem diferentes quanto aos elementos, quanto à essência e quanto aos efeitos.

Segundo aqui já visto, os costumes constitucionais e os costumes tradicionais não difeririam quanto aos elementos e à essência, pois, segundo Carmelo Carbone, eles apenas distinguiriam-se por caracteres próprios existentes nos costumes constitucionais.

Assim, os costumes constitucionais, segundo o Autor, possuem como características:

³⁷⁹ CARMELO CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova: CEDAM, 1948, p. 33.

15.2.3.2 Características Distintivas (em Relação ao Costume Tradicional)

1º. Sujeitos Distintos

Na matéria constitucional, os sujeitos que participam da sua formação são os órgãos constitucionais do Estado. Por órgãos constitucionais entendem-se aqueles órgãos que pela atividade que desenvolvem são autônomos e independentes e entre eles haja essencialmente igualdade de posição³⁸⁰.

2º. Participação Direta ou Indireta dos Sujeitos e Possibilidade de Aceitação Tácita

Nem sempre um órgão capaz de criar um costume constitucional participa diretamente da criação deste, pois pode ocorrer que algum órgão constitucional simplesmente manifeste seu consenso em face de costume constitucional criado por outro órgão constitucional. Esta hipótese ocorre especialmente nos casos em que um órgão constitucional se submete ao controle ou fiscalização de outro com a crença de sua necessidade jurídica, o que equivale à aceitação do trabalho deste último, fazendo com que haja na criação do costume constitucional uma intervenção passiva³⁸¹.

3º. Exclusão dos Sujeitos Privados

Não é admitido que os particulares possam intervir na formação de um costume constitucional, o qual deve surgir e afirmar-se necessariamente com a participação dos órgãos constitucionais³⁸².

4º. Conteúdo dos Costumes Constitucionais

O conteúdo de tais costumes versa sobre a especificação das funções dos sujeitos que intervêm na formação do costume constitucional e o modo de exercício destas, bem como os limites de exercício de tais funções, suas garantias e as relações entre os órgãos constitucionais do Estado³⁸³.

5º. Impossibilidade de Controle por Outros Órgãos do Estado

³⁸⁰ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 34.

³⁸¹ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 35.

³⁸² CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 35.

³⁸³ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 36.

Os costumes constitucionais, em face de seu conteúdo [característica anterior], não podem ser revistos por meio da fiscalização de outros órgãos fundamentais do Estado³⁸⁴.

Tal impossibilidade é uma forma de se estabelecer a soberania do parlamento italiano, o que não se verifica na realidade, pois ao poder judiciário italiano cabe o papel de fiscalizar o cumprimento da respectiva constituição.

6º. Caráter Regulamentador dos Institutos Fundamentais da Constituição

Comumente, a determinação dos institutos fundamentais tem lugar na carta constitucional, a qual define tais institutos deixando de disciplinar de forma específica e detalhada as atribuições e o modo de exercício das respectivas funções, as quais vêm, portanto, elaboradas e fixadas por meio de costumes que se formam e se afirmam com a finalidade de adequar aqueles institutos previstos na constituição às exigências da sociedade e às exigências políticas³⁸⁵.

Veja-se que aqui estão presentes características das convenções constitucionais.

7º. Instrumentos de Harmonização e Independência entre os Órgãos Constitucionais

As relações jurídicas entre os órgãos constitucionais não podem ser reguladas por meio de esquemas rígidos, uma vez que a posição de paridade entre tais órgãos colocariam estes facilmente em conflito no exercício de suas atribuições. É por meio da norma consuetudinária e, mais ainda, por meio das normas de correção constitucional, que é possível uma colaboração e um entendimento entre os órgãos constitucionais³⁸⁶.

Veja-se que aqui estão presentes características das convenções constitucionais, pois elas são os instrumentos de harmonização e independência entre os órgãos de poder ingleses, como já visto. Em outras palavras, está se falando do sistema de freios e contrapesos das convenções.

³⁸⁴ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 36.

³⁸⁵ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 36-37.

³⁸⁶ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 37.

8º. Maior Capacidade de Elasticidade e Flexibilidade que as Demais Espécies de Costumes e em Face da Lei

Pelo seu aspecto de natureza predominantemente política, o costume constitucional apresenta uma maior elasticidade e flexibilidade no confronto com o costume observado em outros campos do direito. Entretanto, nestes outros campos do direito os comportamentos que dão origem à norma consuetudinária se manifestam com uma certa precisão e estabilidade, ao passo que no direito constitucional, em razão dos diversos comportamentos que podem ser assumidos diante das diversas situações políticas, mesmo sem alterar a sua essência (continua a ser um costume), o costume constitucional se apresenta com caracteres bem acentuados de flexibilidade. É este particular comportamento que confere ao costume uma maior capacidade em relação à norma escrita para disciplinar as relações de direito constitucional³⁸⁷.

Veja-se que aqui estão presentes características das convenções constitucionais.

9º. “Opinio juris et necessitatis” como Sinônimo de Opinião Pública

Os órgãos constitucionais possuem a capacidade de perceberem a ação necessária para responder às necessidades do direito, sendo que estas necessidades são de certa forma vagas. Dessa forma, segundo o Autor, a “opinio juris et necessitatis” ser manifesta por meio da influência das tendências e dos programas políticos, estando a “opinio juris et necessitatis” caracterizada sob a forma de opinião pública. Mas, a ação dessas forças sociais se dá de forma intuitiva através do trabalho dos órgãos constitucionais nos quais esta força repercute. O conteúdo do costume constitucional é, portanto, inspirado pela tendência política do povo, todavia, manifesta-se pela atividade dos órgãos constitucionais que intervêm na formação da norma consuetudinária. A opinião pública constituiria, então, o germe do qual surge e se desenvolve o costume, por meio da atividade dos órgãos constitucionais, sendo o costume a representação da direção política em sentido lato, como resultado da luta dos partidos que acaba resultando em uma norma jurídica consuetudinária. Esta, muito embora não possua relevância jurídica por si mesma, atua eficazmente por meio da crença de que seja uma norma jurídica³⁸⁸.

³⁸⁷ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 39.

³⁸⁸ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 39-40.

Nota-se por esta característica de Carmelo Carbone que por meio de outras palavras, está se falando do poder constituinte do povo, o qual aqui é chamado de opinião pública. Confunde-se representação política com participação direta da sociedade. Opinião pública é um termo indefinido, por demais elástico e controverso, pois muitas vezes a opinião pública acaba sendo a opinião publicada pelos órgãos de imprensa. O poder se exerce por meio de representantes eleitos e nem sempre a vontade dos representantes coincide com a dos representados e, justamente para corrigir isso, existem as eleições periódicas para que o titular do poder, ou seja, o povo, possa manter ou substituir os representantes que refletem a sua vontade ou não. Portanto, falar que a opinião pública manifesta-se no seio dos partidos políticos e ela representaria a “*opinio juris et necessitatis*”, é dizer que a vontade dos representantes coincide com a dos representados, bem como, e principalmente, está se fazendo uma equiparação semântica não adequada, pois opinião pública e a “*opinio juris et necessitatis*”, embora ambas sejam opiniões, são coisas bem diferentes que não podem ser igualadas de forma geral e absoluta.

É feita uma releitura do elemento subjetivo para que este passe a ser a vontade popular manifestada por meio dos partidos políticos, os quais representariam essa vontade. Ainda, o costume seria “inspirado pela tendência política do povo”, representada pela atividade dos agentes estatais.

Ainda o Autor afirma que o costume não é norma jurídica, mas apenas produz efeitos por se acreditar que seja.

Percebe-se novamente características das convenções constitucionais.

10º. Não Obrigatoriedade do Elemento Objetivo (Habitualidade) e do Fator Tempo

O costume constitucional se forma em tempo muito breve, diferentemente do que ocorre com os costumes de outros campos do direito, onde estes ocorrem excepcionalmente e a depender da matéria. No caso do direito constitucional, os costumes são frequentes e são empregados com regularidade³⁸⁹.

Em face dessa freqüência e regularidade não se pode determinar, a princípio, qual deva ser a duração do “*usus*”, uma vez que para se estabelecer um costume é necessário, além do elemento material, a ocorrência do sentimento da

³⁸⁹ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 41.

coletividade de que o costume seja uma norma de direito. É o elemento subjetivo que transforma em norma de direito determinado comportamento³⁹⁰.

É feita uma releitura do elemento subjetivo para que este passe a ser a vontade popular manifestada por meio dos partidos políticos, os quais representariam essa vontade. Ainda, o costume seria “inspirado pela tendência política do povo”, representada pela atividade dos agentes estatais.

Ainda o Autor afirma que o costume não é norma jurídica, mas apenas produz efeitos por se acreditar que seja.

Nota-se mais uma vez características das convenções constitucionais, pois o fator tempo é descartado como elemento constitutivo. É justamente a primeira questão das “três questões de Jennings”, já vistas nesta dissertação, pois os precedentes não precisam necessariamente do fator tempo.

Nesta característica, nota-se a exclusão do elemento objetivo do costume. Pela descrição das características dos costumes, constata-se que elas são na verdade as características das convenções constitucionais, havendo, portanto, a equiparação de ambos os institutos jurídicos. Ainda, o Autor diz que o costume torna-se uma norma de direito na medida em que se acredita que o costume seja uma norma de direito, ou seja, o costume seria uma norma jurídica, ao passo que, relativamente à 9ª característica acima mencionada, ele afirma (no final da característica) que “Esta, muito embora não possua relevância jurídica por si mesma, atua eficazmente por meio da crença de que seja uma norma jurídica”, ou seja, o costume não seria norma jurídica, mas produziria efeitos quando se acreditasse que o fosse. Já em sentido contraditório, Carmelo Carbone afirma nesta 10ª característica que o costume é uma norma de direito, dizendo que “é o elemento espiritual que transforma em norma de direito um determinado comportamento”.

15.2.3.3 Especial Papel dos Costumes no Âmbito das Normas Constitucionais

Segundo o Autor, no direito constitucional o costume assume uma posição de relevo que não se encontra nos outros ramos do direito. Isso resulta do fato de que a generalização das normas escritas mostra-se pouco apropriada para a regulamentação das várias relações constitucionais, as quais submetem-se à

³⁹⁰ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 41.

necessidade e às aspirações políticas, gerando constantes mudanças e adaptações. Para a disciplina destas relações se apresenta mais capaz o costume em face de sua elasticidade e flexibilidade, as quais constituem-se como suas características peculiares³⁹¹.

Ainda, a dificuldade de se estabelecer em uma rígida fórmula legislativa o conteúdo das relações de natureza preponderantemente política tem acarretado com que expressiva parte do direito público se submeta à disciplina dos costumes, mesmo no período em que é manifestada uma tendência pela codificação escrita³⁹².

Para o Autor, o surgimento e afirmação da teoria contratualista possibilitou que as relações de direito constitucional fossem disciplinadas por meio de uma lei escrita que servisse de modelo para todo o direito estatal. Mas o conteúdo desta carta constitucional ficou bastante insuficiente, fixando-se nesta os princípios resultantes desta nova teoria, como a criação das instituições de caráter representativo e as chamadas liberdades fundamentais³⁹³.

Os institutos de direito público considerados sumariamente na carta constitucional são integrados, desenvolvidos e interpretados por numerosos costumes, os quais, em face da necessidade de se adaptar as instituições às necessidades políticas, têm conferido à atual constituição uma fisionomia especial e um particular comportamento³⁹⁴.

Constata-se, pelo o que foi exposto pelo Autor, que os institutos da constituição são *integrados* por meio dos costumes “*praeter legem*”, *desenvolvidos*, ou seja, sob a ação criadora constante, a qual pode se dar inclusive por meio dos costumes “*contra legem*”, bem como *interpretados* também por meio de costumes “*secundum legem*”. Assim, ao menos a constituição material, seria esta, então, praticamente toda constituída por normas dependentes de complementação através de costumes constitucionais, o que assemelharia as normas constitucionais materiais às normas penais em branco, cujo sentido e alcance dependeria da elaboração de outra norma que, neste caso, seriam as normas costumeiras, segundo o entendimento do Autor. A Constituição não teria aplicabilidade por si só, dependeria de normas costumeiras para ser efetivada na prática, ou seja, os costumes estariam fazendo o papel das convenções constitucionais.

³⁹¹ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 45-46.

³⁹² CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 46.

³⁹³ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 46.

³⁹⁴ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 47.

É uma tentativa inadequada de esvaziar o conteúdo da constituição escrita para que ela seja livremente integrada pelos costumes (que costumes não são, mas sim convenções), como forma de tentar uma equiparação prática com a constituição inglesa, a qual é posta em prática por meio das convenções.

15.2.3.4 Influência dos Costumes em Face do Tipo de Constituição

Carmelo Carbone assevera que é intuitivo que a importância do costume constitucional diferencia-se de acordo com o tipo de constituição em questão. Os costumes são muito importantes nas constituições não escritas, sendo de menor importância nas constituições escritas e flexíveis, ao passo que possuem importância ainda mais diminuta nas constituições escritas e rígidas. Como exemplo, o Autor cita a grande importância que os costumes têm assumido no ordenamento constitucional inglês e que tal importância está diretamente relacionada ao tipo de constituição vigente na Inglaterra³⁹⁵.

O Autor acaba por afirmar, contradizendo toda sua construção jurídica a respeito dos costumes constitucionais em sistema de constituição escrita e rígida, que os costumes são exceção e não regra nestes sistemas constitucionais.

É citado pelo Autor como exemplo o ordenamento italiano, no qual o costume desenvolveu uma importante atuação no final de 1925. Contudo, o Autor rememora e exemplifica que depois da radical transformação decorrente da legislação fascista, a importância do costume diminuiu drasticamente e quase desapareceu, inclusive em face da nova doutrina que se criou em torno do Estado que era então criado³⁹⁶.

15.3 Na Doutrina Francesa

15.3.1 Linguagens jurídicas

René Capitant trata da “linguagem jurídica habitual”, a qual corresponderia à doutrina tradicional que reconhece estar o direito costumeiro em oposição ao direito escrito. Por sua vez, o Autor estabelece sua própria linguagem jurídica,

³⁹⁵ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 48.

³⁹⁶ CARMELO CARBONE, *op. cit.*, p. 48.

baseada na premissa de que direito costumeiro e direito não escrito não se confundem, mas que este está contido naquele, como se verá mais a frente. Além disso, afirma também que os costumes são considerados apenas uma das formas de manifestação do direito não escrito, bem como reconhece o Autor a excepcional importância do costume no direito constitucional³⁹⁷.

Como se nota, apresenta o Autor sua própria linguagem jurídica, diversa da habitual, a qual propugna outra visão sobre o direito não escrito e o escrito, segundo a qual ambos são manifestações do direito costumeiro.

15.3.2 Direito Costumeiro: Noção e Função

Um costume, considerado como um uso ou um hábito social, não passa, por si só, de um fato. A regra (e consequentemente o direito), aparece quando o costume para de ser o produto de atitudes livres e transforma-se em socialmente obrigatório. Não que o costume deixe de ser um fato, mas ele se transforma em um fato comandado pelo direito, produzindo-se pela própria aplicação do direito e em respeito ao direito. O costume, a partir de então, em outras palavras, implica em uma regra costumeira constitutiva do direito costumeiro³⁹⁸.

O direito costumeiro é o direito que tem por função atribuir força obrigatória a um costume³⁹⁹.

15.3.3 Espécies de Direito Costumeiro

Segundo René Capitant, o direito costumeiro é gênero, do qual direito não escrito e direito escrito são espécies⁴⁰⁰. Haveria, segundo a posição defendida pelo Autor, uma grande incidência do direito costumeiro dentro do ordenamento jurídico constitucional, pois, como pode se notar, grande (e talvez totalitária) seria a área de abrangência do direito costumeiro na seara constitucional, pois esta baseia-se exatamente nestes dois tipos de regras, as escritas e as não escritas.

³⁹⁷ RENÉ CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit*. Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Géný, Tome III, Les sources des diverses branches du droit, Paris: Librairie du Recueil Sirey, s/d., p. 1.

³⁹⁸ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 1.

³⁹⁹ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁰⁰ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 1.

15.3.4 Direito Costumeiro Escrito

Conforme o posicionamento acima citado, sustenta René Capitant que, etimologicamente, o direito costumeiro é independente da forma escrita ou não escrita e deve-se poder falar de direito costumeiro escrito, uma vez que nada impede o legislador de sancionar um costume e de lhe atribuir obrigatoriedade, reconhecendo este costume por meio da lei⁴⁰¹.

15.3.5 Direito Costumeiro Não Escrito

A concepção de direito costumeiro apresenta também a vertente de possuir a característica não escrita, ou seja, o costume como expressão do direito costumeiro não escrito⁴⁰².

Aqui nota-se uma possível indefinição ou incongruência lógica na construção desta teoria de direito costumeiro em escrito e não escrito quando é dito que existe direito costumeiro escrito em face de o legislador transformar um costume em lei, tornando-o obrigatório em face disso. Vislumbra-se a impropriedade de tal colocação, pois, como se verá logo abaixo (*Força Obrigatória Costumeira*), segundo o próprio Autor, o costume (direito costumeiro não escrito) já é obrigatório por si mesmo e não precisaria de lei para torná-lo obrigatório. Além disso, ainda que o costume existisse e fosse obrigatório, não seria a sua transformação em lei que o tornaria obrigatório, segundo o raciocínio de René Capitant, pois a obrigatoriedade decorrente da lei seria indiferente ao costume, pois este já é obrigatório mesmo sem a lei que o reconhecesse. Nota-se com isso que não existiria, com efeito, o direito costumeiro escrito.

15.3.6 Força Obrigatória Costumeira

Afirma o Autor que a característica obrigatória dos costumes pode ser estabelecida sem a participação do legislador para que se caracterize tal força obrigatória do costume. O direito costumeiro, segundo René Capitant, é o costume que passa a ser revestido de caráter obrigatório em decorrência da habitualidade, de

⁴⁰¹ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 1.

⁴⁰² RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 1.

seu uso, bem como em face de se valorizar a antiguidade da conduta e a autoridade do precedente. É o direito que nasce do fato e pelo poder da tradição, ou seja, em resumo, é o direito costumeiro não escrito⁴⁰³.

Veja-se que aqui estão presentes características das convenções constitucionais.

Diz o autor que “Se para certas regras não são atribuídas o trabalho de um legislador, mas, sim, o trabalho da própria nação que, em reconhecimento da autoridade diretamente conferida a ela, por meio de sua adesão, as encontra, ou, por falha do legislador, as integra elas mesmas dentro do direito positivo, é necessário então o seu reconhecimento na qualidade de direito não escrito, sendo possíveis, portanto, de serem qualificadas como costumeiras.”⁴⁰⁴.

Assim, conclui-se que a força obrigatória do costume nasceria por meio da vontade do Estado e pelo fato de que o Estado possui soberania e, como consequência, autoridade para conferir aos costumes por ele admitidos tal força obrigatória. Isto porque, segundo o Autor, desnecessária a participação do legislador na formulação do direito não escrito, pois o Estado pode agir diretamente sem intermediários para reconhecer e atribuir obrigatoriedade a um hábito social. Dessa forma, ao agir assim, o Estado criaria as normas de direito costumeiro não escrito, as quais seriam normas jurídicas constitucionais. É o mesmo que diz Carlo Girola e Carmelo Carbone.

15.3.7 Atuação das Espécies do Direito Costumeiro

Baseado na ideia de direito costumeiro escrito e não escrito são expressões do direito costumeiro, o Autor expõe que o direito costumeiro escrito pode ser instrumento para reconhecer os costumes já estabelecidos ou, de forma inversa, transformar a vida social reconhecendo novos hábitos em substituição dos antigos.

Assim, o direito costumeiro escrito pode sancionar os usos admitidos, manter um povo dentro do respeito aos seus modos e suas tradições, dando continuidade a estes por meio das respectivas leis. E, de modo contrário, pode servir como instrumento de transformação social, atuando como meio para revogar o

⁴⁰³ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 1-2.

⁴⁰⁴ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 2.

sistema social em vigor, lutar contra os hábitos antigos e criar os modos e as necessidades novas, também por meio das leis⁴⁰⁵.

Em outras palavras, o direito costumeiro escrito manifesta-se por meio da lei escrita, a qual seria simplesmente os modos e tradições de um povo dentro contido nas leis de um país. As leis seriam apenas uma forma diferente para os costumes, ou seja, a forma escrita. O direito, portanto, segundo o Autor, sempre será costumeiro, mas pode revestir-se da forma escrita (leis) ou não escrita (costumes)

Por sua vez, o direito costumeiro não escrito, além de ser costumeiro, pode ainda ser novo, inovador. Tais regras novas podem surgir pelo longo trabalho de elaboração que dá nascimento ao costume, o qual, caso seja estabelecido de modo contrário às concepções admitidas, acaba por marcar uma brusca ruptura na evolução social e anunciando os novos modos de ser⁴⁰⁶.

Percebe por estas concepções a presença do costume constitucional ilimitado.

15.3.8 Direito Positivo ou Positividade do Direito

Assevera o Autor: “Mas o intérprete sabe que hoje a positividade é a única questão a resolver e tem então de saber se a noção do direito positivo exclui ou admite a noção de direito não escrito.”⁴⁰⁷. Diz ainda: “Ora, bem longe de excluir, ele [a noção de direito positivo] a supõe. Porque o direito positivo não é o direito posto por um legislador, mas sim um direito em vigor. Isto é, o direito aplicado, onde as prescrições recebidas geralmente se executam dentro de uma dada sociedade. É então o fato da aplicação do direito, da conformidade dos hábitos a um sistema jurídico, que é o sinal da positividade dele mesmo. Então, se uma regra ainda não escrita apresenta essa característica deve ser reconhecida com a qualidade do direito positivo.”⁴⁰⁸.

René Capitant, ao continuar tratando do direito costumeiro sob a sua óptica, acaba por transformar (reformular) a concepção de direito positivo, passando a enxergá-la sob outro prisma, o qual possibilitaria sustentar sua argumentação de

⁴⁰⁵ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁶ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁷ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁸ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 2.

direito costumeiro. Para o citado Autor, direito positivo não é mais a tradicional concepção de direito posto, legislado, positivado pelo legislador. Agora, na versão apresentada por René Capitant, a já clássica noção de direito positivo passou a ser entendida como sinônimo de efetividade.

Assim, a efetividade muda de nome e passa a ser chamada de direito positivo pelo Autor. Em breve síntese da noção de René Capitant, o comportamento que passa a ser praticado efetivamente integraria o direito positivo. A palavra positivo passa a significar efetivo, real. Quando houver, então, positividade de uma conduta, reconhece-se esta como integrante do direito positivo do Estado. Mas, mesmo em sua nova aceção, o direito positivo acaba por ganhar o caráter de expressão equívoca, pois passa não só a designar a efetividade, mas também tem o significado de vigência.

Dessa forma, direito positivo, efetividade e vigência fundem-se em um só conceito, o conceito de direito positivo adotado por René Capitant. Esta noção de efetividade sustenta também a ideia das fontes “extra ordinem”, como já visto na doutrina italiana de Riccardo Guastini e a respectiva validade “ex post” de tais fontes.

15.3.9 A Natureza Costumeira da Constituição Francesa

15.3.9.1 Teoria das Revoluções e a Continuidade Constitucional

René Capitant trabalha com a colocação de que por meio da sua noção de direito costumeiro não haveria ruptura constitucional, mesmo quando momentaneamente não houvesse uma constituição em vigor, citando como exemplo o caso das revoluções. Assim, a ruptura seria aparente e o direito costumeiro seria o único capaz de garantir (ou explicar) a continuidade constitucional.

Para o Autor, a teoria das revoluções explicam a continuidade do direito constitucional e fundamentam a validade do direito positivo, no sentido particular deste que é atribuído por René Capitant, como já visto acima.

A teoria das revoluções exposta pelo Autor tem como base as duas noções já vistas mais acima, ou seja, a de força obrigatória oriunda da vontade do Estado e do novo conceito de direito positivo, também chamado de positividade. Mas, agora, agrega o Autor mais uma concepção que, juntamente com as duas

citadas, alicerçam a sua teoria das revoluções, concepção esta que é uma modificação da noção de poder constituinte.

Assevera o autor que “A teoria das revoluções, essencial para explicar a continuidade do direito constitucional e para fundamentar a validade do direito positivo, não pode ser construída utilizando somente a noção de direito escrito”⁴⁰⁹.

Prosseguindo em suas colocações, diz que “... mesmo pendente o período revolucionário, antes que uma nova constituição escrita possa ser votada, já existe uma constituição, porque o Estado e a nação não desapareceram durante este intervalo. Esta constituição é formada por um conjunto de idéias, de doutrinas, em nome daqueles que de fato realizaram o movimento revolucionário. Na medida, gradualmente falando, que a nação retira da antiga ordem política o benefício de sua adesão e de sua submissão, para implantar um novo poder, ou uma nova ordem política, é a ‘positividade’ que passa de um campo para outro, rejeitando a constituição antiga”⁴¹⁰.

Segundo suas concepções acima, durante o intervalo entre uma constituição e outra durante um período revolucionário, não haveria mais qualquer constituição em vigor, mas isto não impediria a existência de uma constituição não escrita positivada, criada e exercida durante a revolução pelo próprio Estado, sendo que a positividade mudaria de lado. Assim, a positividade antes estaria do lado da constituição anterior (oficial), mas que depois passaria a estar com a constituição revolucionária. Tal constituição, segundo as idéias do Autor, seria uma constituição não escrita, fruto dos ideais revolucionários.

Novamente nestes aspectos, nota-se que na esfera das doutrinas a respeito da existência do costume constitucional (o qual, para o Autor, é a manifestação do direito costumeiro não escrito) permanece a indefinição dos conceitos, pois agora toda uma gama de concepções jurídicas clássicas é alterada para viabilizar uma sustentação da noção de direito costumeiro não escrito que tem, inclusive, a capacidade de revogar as normas constitucionais escritas.

Para René Capitant, durante uma revolução também haveria uma constituição revolucionária não escrita (ou seja, de fato), o que induz a crer numa impropriedade conceitual, uma vez que durante uma revolução a constituição oficial e formal ainda não foi revogada, pois até que o Estado seja vencido pelos

⁴⁰⁹ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 3.

⁴¹⁰ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 4.

revolucionários não há qualquer alteração da ordem jurídica imposta e vigente. O que ocorre é o levante dos insurgentes contra o Estado e sua respectiva ordem jurídica, na tentativa de, caso sejam vencedores, modificá-la ou substituí-la totalmente.

Não há uma constituição não escrita, pois justamente a revolução visa tomar o poder e mudar a constituição. Ainda, argumenta o Autor que durante a revolução a positividade mudaria de lado, pois o Estado passaria a acolher e aceitar a nova ordem constitucional. Contudo, tal fato também não se verifica, pois a revolução ou o grupo revolucionário não são o Estado e nem o representam. Dessa forma, como a revolução poderia dar força obrigatória, positividade e vigência (mesmo que para tais institutos se adote a visão do Autor) à constituição não escrita revolucionária? Como esta constituição poderia ser fruto da vontade do Estado? Lembrando que René Capitant fala justamente de uma constituição não escrita intermediária, ou seja, entre a anterior constituição e a posterior constituição oficial em face da nova ordem estabelecida decorrente da revolução.

E parece da mesma forma estar revestida de impropriedade tal colocação, uma vez que não faz sentido esta constituição intermediária (durante o período revolucionário) anterior à futura e nova constituição pós revolução, uma vez que com a vitória dos revolucionários os tais ideais que fomentaram o levante já estariam na nova constituição a ser criada.

Diz ainda “Pendente o período de luta civil, durante o qual está vivendo a nação, a constituição positiva está indefinida. É que a nação, a qual cada um dos dois sistemas se apresenta regendo, então se divide em duas partes e respectivamente dois sistemas políticos contrários estão simultaneamente em vigor. Mas quando a revolução é encerrada, que a nova ordem triunfou sobre o antigo regime, a unidade nacional é reconstituída e nós podemos falar de uma constituição positiva, mesmo que ela não tenha ainda sido colocada por escrito. A existência de um governo de fato não atesta menos a existência de uma constituição. Qualquer que seja a organização pela qual a revolução se apresente, o fato desta impor a sua autoridade é mais que um simples fato, é um sinal de uma regra positiva de competência constitucional⁴¹¹.”

⁴¹¹ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 4.

Nota-se com tal argumentação que o Autor reforça a ideia de que o poder revolucionário seria um “Estado de Fato” (em oposição a Estado de Direito) por meio do qual as normas constitucionais não escritas seriam criadas e ganhariam obrigatoriedade. E, para confirma tal situação, é falado que a existência de um governo de fato atesta a existência de uma constituição, pois (segundo o Autor) a autoridade que é imposta (por meio da força) é mais que um simples fato, mas, sim, *uma regra positiva de competência constitucional*, como mencionado acima.

Ou seja, o poder instituído pela força criaria uma competência constitucional positiva (ou seja, de fato). Para o Autor, então, seria a força a criar o direito e uma competência constitucional, tudo sob a esfera dos fatos. Assim, para René Capitant, a real fonte do direito constitucional costumeiro seria a força.

Quanto ao poder de fato, argumento a Autor que “Nós falamos de poder de fato, mas a ideia de poder vai além da ideia do poder da ação física e designa poder de comando, isto é, uma competência, contendo por consequência ideia de regra. O poder de fato de um governo revolucionário é em verdade uma competência jurídica. O que o distingue do que nós chamamos erroneamente de um poder de direito é somente que este não está expresso sob a forma escrita, dentro de um documento constitucional promulgado, mas somente sob a forma de reconhecimento geral, de aceitação ativa ou resignada dos sujeitos. Mas o que importa, uma vez que o texto jamais é a regra propriamente falando, é o momento em que a regra existe, ou seja, o momento em que a nação reconhece sua existência, seu conteúdo e aceita sua aplicação, a partir daí de fato esta regra passa a integrar o direito positivo”⁴¹².

Para o Autor, como pode se constatar de suas alegações acima, é errôneo falar em poder de direito, sendo o correto empregar a denominação de poder de fato, gerador de uma competência constitucional, entendida esta como um capacidade criadora de normas constitucionais, ou seja, de uma constituição não escrita. Basta que haja o reconhecimento geral com aceitação “ativa ou resignada”, ou seja, voluntária ou mediante o uso da força. E, assim, com diante de todo esse quadro, segundo o Autor, a regra passaria integrar o *quadro do direito positivo*.

15.3.9.2 Poder Nacional Constituinte

⁴¹² RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 4.

Outra noção que ganha nova formatação dentro da linguagem aqui adotada por René Capitant é a de poder constituinte. Para o Autor, o conceito tradicional estaria incorreto.

Segundo o Autor, “Poder nacional constituinte que deve ser entendido totalmente dentro de outro sentido do que o princípio da soberania nacional, não como um princípio político que exprime a democracia, mas como um princípio de interpretação jurídica rigorosamente fiel à definição do direito positivo⁴¹³”.

Note-se que René Capitant fala em interpretação rigorosamente fiel à definição de direito positivo, mas nota-se que justamente um dos elementos que se considera ausente destas concepções é justamente a definição, pois tratam-se de conceitos indefinidos e de mais de um significado, a traduzir incerteza e, via de consequência, desdobramentos também indefinidos e desprovidos de certeza.

Ou seja, o poder constituinte, como expressamente afirma o Autor, não é mais uma manifestação da soberania nacional e da democracia, mas única e simplesmente deve estar rigorosamente ligado à também nova noção de direito positivo (positividade), ou seja, pura e simplesmente alicerçado nos fatos.

Continua argumentando René Capitant sobre a nova noção de poder constituinte: “Sendo a nação o poder constituinte supremo, isso significa somente que da sua atitude, seja de sua submissão ou de sua resistência, depende a positividade do direito. Dela depende que uma constituição, malgrado todas suas garantias, malgrado todos os controles, malgrado todas as limitações que possam estar contidas nela para assegurar sua perenidade, passe bruscamente de estado positivo ao estado simplesmente ideal, estado esse que baseia-se somente numa legitimidade que aos olhos externos têm lugar de realidade, mas que, para o intérprete, não será mais que a teoria dentro do domínio das teorias⁴¹⁴”.

Aqui percebe-se mais um possível impropriedade lógica, pois mais acima o Autor diz não dever ser levado em conta a soberania nacional e a democracia na conceituação do poder constituinte, mas aqui René Capitant fala que *a nação é poder constituinte supremo*. É de se supor que o caráter supremo deste poder constituinte decorra naturalmente da supremacia da nação, o que contraria a própria argumentação do Autor de que não deve ser considerada a soberania nacional.

⁴¹³ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 5.

⁴¹⁴ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 5.

Como poderia uma nação não ser soberana, mas ter supremacia? Como uma nação não soberana poderia, por meio exclusivo da sua vontade, criar normas não escritas e atribuir-lhes força obrigatória, consoante a noção apresentada pelo Autor? De onde viria, então, a força obrigatória (caráter cogente) dos costumes constitucionais geradores das normas constitucionais não escritas? Como poderia algo ser chamado de *constituição* sem que suas normas impusessem a respectiva obediência? Tais perguntas, sob a óptica desta dissertação, não poderiam ser respondidas por meio das ideias aqui expostas pelo Autor.

Para arrematar sua argumentação sobre a continuidade constitucional, René Capitant afirma que “Graças a ele [poder nacional constituinte], o poder revolucionário, ilegítimo, pois que viola a antiga constituição, não conflita com uma legitimidade diminuída, desconstitucionalizada, e que dela recebe, à medida que a conquista, a consagração que a integra, sem conflito e sem ruptura, dentro da cadeia das constituições positivas⁴¹⁵.”

Toda argumentação do Autor deságua nesta sua conclusão de que nunca houve uma ruptura constitucional, pois as constituições positivas (baseadas apenas nos fatos) configuram uma cadeia ininterrupta de constituições, razão pela qual, na França há uma continuidade constitucional.

Esta colocação do autor a respeito da continuidade constitucional francesa, malgrado as rupturas constitucionais efetivamente vivenciadas pela França, vem atestar uma das conclusões a serem defendidas nesta dissertação, no sentido de que René Capitant e os demais Autores italianos, franceses, bem como Anna Cândida, mencionados nesta dissertação, construíram suas argumentações como forma de justificar a possibilidade de os países citados, os quais possuem constituição escrita e rígida, adotarem uma constituição costumeira inspirada na constituição Inglesa e na sua continuidade, uma vez que somente a Inglaterra não possui rupturas constitucionais, o que indica ser esse um dos fatores do reconhecido êxito de seu sistema constitucional.

Tal questão está também diretamente relacionada com a teoria em torno dos costumes constitucionais, das convenções constitucionais e dos costumes parlamentares, questão essa que continuará a ser desenvolvida mais a frente.

⁴¹⁵ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 5.

15.3.9.3 O Caráter Ilimitado do Direito Costumeiro Não Escrito

Dentro de tal sistemática apresentada pelo Autor, reconhece-se a possibilidade de o costume, o qual é expressão do direito costumeiro não escrito, suplantar as normas constitucionais escritas e, com isso, criar uma constituição não escrita paralela à escrita e superior a ela. A constituição escrita não desapareceria ou seria revogada, mas ficaria sem uso, esvaziada de conteúdo. O costume, como expressão do direito costumeiro não escrito, pelas argumentações do Autor, não teria limites em sua atuação, pois ele sempre seria fruto do “poder nacional constituinte” (o que Carlo Girola chama de força obrigatória oriunda da vontade direta do Estado).

E, com isso, não se trataria mais de saber se um costume seria *secundum, praeter* ou *contra legem*, pois o costume seria sempre fruto de um poder constituinte ilimitado, fazendo com que a relação de conformidade se invertesse, pois a constituição escrita é que deve se conformar ao costume. Caso não haja tal conformidade, a constituição escrita não desaparece (por exemplo, as constituições italianas e francesas – escritas – continuam em vigor), mas simplesmente não é observada, é ignorada. Há, como se nota, uma tentativa de sobreposição do sistema inglês não escrito ao sistema escrito dos países continentais. Inclusive, como se viu, até a continuidade constitucional inglesa (ausência de ruptura) é aplicada por René Capitant ao sistema constitucional francês, sistema esse que seria todo de Direito Costumeiro (escrito e não escrito).

Fala-se em *sobrepor* ao invés de *traspor*, uma vez que o sistema inglês foi posto sobre o sistema continental escrito e não transferido em substituição ao sistema constitucional italiano, francês ou outro sistema baseado em constituição escrita e rígida.

Note-se que o Autor chama a concepção tradicional e clássica de direito positivo de “realidade transcendente de uma doutrina”, como exposto logo abaixo. Assim, a noção de direito posto, legislado, não passaria de uma doutrina transcendental, a significar uma noção não vinculada à realidade.

Quanto a isso argumenta René Capitant que “Em realidade, se uma regra escrita deixar de ser aplicada e de ser reconhecida, ocorrendo de outra regra a suplantar dentro da opinião geral, encontrando a adesão das consciências e exitosa a se realizar dentro da conduta conforme dos sujeitos, deve-se admitir que uma

regra não escrita substituiu uma regra escrita; e se o procedimento da modificação legislativa foi diferente do formalmente previsto e, dessa maneira, não prevê a intervenção expressa do legislador, é preciso concluir simplesmente que se ela não está mais sendo aplicada é porque não corresponde mais plenamente ao direito positivo. Assim sendo, nós não podemos invocar a regra escrita para excluir do direito a regra nova [não escrita], sob pena de substituir a realidade positiva por uma realidade transcendente de uma doutrina⁴¹⁶.

Ainda, nesse sentido, assevera que “Por conseguinte, nada dentro da noção de direito positivo exclui o direito não escrito, nem subordina o seu valor ao direito escrito, sendo que isto é particularmente mais útil de se admitir do que concordar de maneira generalizada que a evolução do direito positivo moderno seja reduzida em benefício do direito legislativo ou jurisprudencial, em vez de se reconhecer o lugar que está reservado ao costume em matéria constitucional. Pelo contrário, o papel exercido pelo direito não escrito é considerável”⁴¹⁷.

15.4 Doutrina Brasileira

15.4.1 Anna Cândida Ferraz

Em sua obra, a Autora desenvolve argumentações no sentido de que os costumes constitucionais e as práticas podem efetivamente ser fontes autônomas do direito constitucional, capazes de criarem normas constitucionais não escritas e, com isso, concretizarem a chamada mutação constitucional.

Mais uma vez, ressalta-se que a presente dissertação não tem por objeto as mutações constitucionais, mas apenas os costumes constitucionais como fontes do direito constitucional, os quais integram o objeto deste trabalho, como já descrito.

No entanto, é fundamental analisar, ainda que sinteticamente, as considerações relativas aos costumes constitucionais e suas características feitas pela Autora, pois estas servirão de suporte às considerações críticas sobre o tema para, inclusive, ser feita uma breve análise comparativa com as demais ideias relativas aos sistemas constitucionais mencionados neste trabalho.

⁴¹⁶ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 2-3.

⁴¹⁷ RENÉ CAPITANT, *Le droit...*, op. cit., p. 3.

Logo no início da abordagem mais específica dos costumes constitucionais, afirma Anna Cândida que “dentre as vias ou processos de mutação constitucional cita a doutrina os usos, costumes e práticas.”⁴¹⁸.

Diz ainda a Autora, citando Carlos Maximiliano, que o costume jurídico se conceitua como “uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diuturna e uniforme que lhe dá força de lei”⁴¹⁹.

Somado a isso, diz “a conceituação abrange o uso, o costume e as práticas. Em regra a doutrina aplica esses termos indistintamente, dando, porém, manifesta preferência ao vocábulo costume.”⁴²⁰.

Interessante neste aspecto que para embasar tal afirmação, a Autora aponta em nota de rodapé o artigo 1.807 do código civil brasileiro de 1916, dizendo que código em questão teria equiparado usos e costumes e poderia realmente ser estendido ao termo “práticas”, no sentido de uso⁴²¹.

No entanto, na mesma nota de rodapé citada, a Autora, para a confirmação de seu raciocínio, remete à doutrina estrangeira, a qual, por sua vez (diferentemente das argumentações da Autora não equipara, mas sim diferencia) já passa a diferenciar práticas de costumes, pois a citada doutrina italiana de Biscaretti Di Ruffia as diferencia, sendo que a doutrina citada de Karl Wheare diferencia usos e costumes de práticas, dizendo que estas não são obrigatórias, pois são simples costume, ao passo que aqueles são regras de conduta reconhecida e obrigatória⁴²².

Ainda, conforme já exposto por Hsü Dao-Lin, “conventions of the constitution” (Inglaterra) e “usages of the constitution” (Estados Unidos) são equiparados e constituem práticas, não sendo considerados direito costumeiro.

Percebe-se possível contradição entre suas colocações e suas conceituações. Num primeiro momento Anna Cândida generaliza o conceito jurídico de usos, costumes e práticas, citando lei e doutrina a embasar sua afirmação. E, na

⁴¹⁸ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 177.

⁴¹⁹ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 177.

⁴²⁰ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 178.

⁴²¹ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 178, rodapé nº 5.

⁴²² ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 178, rodapé nº 5.

nota de rodapé que cita a lei e doutrinas adotadas, expõe que a lei brasileira assim o faz, mas ao consultar-se a nota de rodapé apresentada verifica-se que a doutrina estrangeira está em descompasso com sua afirmação inicial, pois esta não equipara usos, costumes e práticas.

Nem se diga que o art. 1.807 do Código Civil brasileiro de 1916 citado na nota de rodapé em questão embasaria tal conclusão, pois quando se diz usos e costumes, estes estão sendo equiparados quando o uso for no sentido de costume jurídico (uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diuturna e uniforme que lhe dá força de lei, conforme já citado acima). Não se trata de qualquer uso, pois vale lembrar que o conceito é o jurídico e não o vulgar.

No mesmo sentido de que uso seria apenas outra forma de chamar o costume jurídico, mas que não seria qualquer uso, é o ensinamento de Riccardo Guastini, o qual diz “O costume constitui fonte legal do direito no ordenamento vigente em virtude do art. 1 do Código Civil [Italiano] (na linguagem do Código Civil e também por parte da doutrina o costume é chamado de uso)”⁴²³.

Portanto, no silogismo realizado pela Autora, para extrair sua conclusão (usos, costumes e práticas seriam conceitos jurídicos que se equivalem), a premissa citada no rodapé mencionado que não leva à conclusão apontada.

Além disso, como se nota das colocações acima, as alegações da Autora sobre o conceito de costume constitucional não coincidem com o conceito de costume de Carlos Maximiliano que a Autora cita para sustentar suas colocações.

Em seguida, ao partir para a aplicação de suas ideias ao direito constitucional, aponta a Autora que “no campo do direito constitucional justifica-se o uso indistinto dos termos”⁴²⁴.

No entanto, logo em seguida, a confirmar a incompatibilidade acima observada, diz que “ressalvando-se, não obstante, que a expressão *práticas constitucionais* não é forçosamente dotada de rigor técnico, pois é referida a comportamentos, fatos e situações que nem sempre preenchem todos os requisitos indicados no conceito, seja porquanto não se repetem uniformemente, seja em razão de seu caráter demasiadamente singular, sem as características de norma

⁴²³ RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano: Giuffrè, 1993, p. 257.

⁴²⁴ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 178.

geral”⁴²⁵, contrariando justamente o conceito de Carlos Maximiliano citado para embasar seu raciocínio inicial sobre os costumes constitucionais.

Como se nota, após toda uma explanação de que os conceitos jurídicos de usos, costumes e práticas seriam iguais, citando estar isso embasado na lei e doutrina, vem a Autora logo em seguida com a afirmação de que as práticas não são normas gerais por não possuírem os requisitos do costume (prática reiterada e uniforme e consciência de sua obrigatoriedade), em dissonância com a base de suas próprias alegações.

Toda a teoria da Autora sobre os costumes constitucionais (e os usos e práticas) como meio de criar normas constitucionais consuetudinárias com a mesma força das normas constitucionais escritas é embasada e alicerçada na conclusão de que usos, costumes e práticas seriam conceitos jurídicos que se equivalem, conclusão esta que não se sustenta pelos próprios argumentos apresentados pela Autora acima expostos.

Observe-se que, novamente, e desde o início, nasce a indefinição das ideias, as quais gerarão desdobramentos também indefinidos.

Reiterando o que foi dito nesta dissertação, em síntese, a teoria a embasar toda a construção da criação de normas constitucionais consuetudinárias com a mesma força das normas constitucionais escritas é a de que sendo o costume tradicional fonte do direito, o costume constitucional seria fonte do direito constitucional e, dessa forma, poderia em tese, criar norma constitucional.

E, considerando-se que os costumes parlamentares são espécie do gênero costume constitucional, a eles também se aplicariam tal caráter de fonte autônoma do direito constitucional.

A Autora nos apresenta a seguinte noção (conceito) de costume constitucional: “prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na constituição.”. Acrescenta ainda a Autora que o costume cede diante da norma constitucional escrita⁴²⁶.

No mesmo momento, a Autora explica sua concepção de poder constituinte difuso, o qual é “manifestação do poder constituinte latente atuado pelos

⁴²⁵ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 178-179.

⁴²⁶ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras”⁴²⁷.

Com as colocações acima, a Autora trata da existência e noção de costume constitucional, dizendo que sua referência na doutrina é frequente, citando diversos autores⁴²⁸.

Ocorre que, ao consultar a obra citada de Vicente Ráo (um dos Autores citados) constatou-se que o costume conceituado pelo respectivo Autor não é o mesmo defendido por Anna Cândida, pois Vicente Ráo conceitua o costume da forma clássica e tradicional, apenas dizendo que o costume se manifesta em outros ramos do direito, inclusive o constitucional⁴²⁹.

Com efeito, os costumes constitucionais não são novidade e são realmente aceitos pela doutrina, quer brasileira, quer estrangeira, desde que interpretativos e integralizadores. Nesta parte de seu livro, a Autora segue explicando a existência dos costumes constitucionais como colmatação de lacunas constitucionais, o que é correto⁴³⁰.

Na obra da Autora não se vislumbra que a doutrina por ela indicada diga que os costumes constitucionais possuam as características por Anna Cândida elencadas e mais abaixo transcritas.

Talvez a ideia do poder constituinte difuso tenha embasado a concepção de que o costume constitucional criaria normas constitucionais consuetudinárias com a mesma força das normas constitucionais escritas. Contudo, ao que parece, tal poder difuso não seria constituinte e sim constituído, pois do contrário o costume constitucional como concebido pela Autora não poderia ter as característica que ela elenca⁴³¹.

A própria Autora assim o afirma ao dizer “O fundamento primeiro da existência do costume constitucional encontra-se no próprio poder constituinte que, dotado do caráter de permanente, não se esgota em sua obra – a Constituição –

⁴²⁷ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

⁴²⁸ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 182.

⁴²⁹ VICENTE RÁO. *O direito e a vida dos direitos*, vol. 1, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 252-253.

⁴³⁰ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 184.

⁴³¹ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185-189.

mas conserva-se latente, quando expressamente previsto, sob a forma do poder de reforma constitucional.”⁴³².

Como se nota da afirmação do parágrafo acima trata-se aqui do poder constituído (de reforma) e não do constituinte.

Continuando, diz a citada Autora: “Por outro lado, continua latente também, de modo não previsto e não organizado no chamado poder constituinte difuso, invisível, que intervém quando necessário para preencher lacuna ou interpretar disposições constitucionais obscuras.”⁴³³. Veja-se que aqui o poder constituinte difuso teria o papel de preencher lacunas ou interpretar, ou seja, não poderia ele criar normas constitucionais consuetudinárias com a mesma força das normas constitucionais escritas, pois preencher lacunas ou interpretar não é revogar a constituição total ou parcialmente.

A noção de poder constituinte difuso é por si só apartada da noção adotada pela ciência do direito de poder constituinte, definido como “a decisão fundamental que cria uma constituição, na sua qualidade de ordem jurídica de domínio estadual.”⁴³⁴.

Assim se dá, uma vez que há certa confusão conceitual, provavelmente e talvez na tentativa de explicar e justificar as ações contrárias à constituição, às quais não são privilegio de um país. Estas ações que discrepam da constituição sempre existiram e sempre vão existir, pois do contrário, se o ser humano não agisse em desconformidade com as regras, estas não precisariam existir.

É da natureza humana descumprir regras, em maior ou menor medida. Nisto justamente reside a necessidade de uma constituição estabelecer o dever-ser. Se não se precisasse dizer como as coisas devem ser pela já realização destes ideais pelo ser humano, a constituição e as leis seriam desnecessárias.

Sem mencionar que pela mesma razão é que existe sempre uma sanção acompanhando uma norma, pois de antemão já se prevê seu eventual descumprimento, ou, em outras palavras, de antemão já se prevê a necessidade de

⁴³² ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 183.

⁴³³ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 183.

⁴³⁴ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, tomo I, 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 16.

se obrigar seu cumprimento por meio da sanção. Se o cumprimento de regras fosse sempre espontâneo e voluntário, não haveria necessidade de sanção.

Realmente, podem haver práticas reiteradas e com consciência de sua obrigatoriedade, que se consolidam através do tempo para colmatação de lacunas constitucionais, pois que estas lacunas existem.

Contudo, é preciso distinguir lacunas constitucionais das convenções constitucionais inglesas ou dos “usages of the constitution” norte americanos.

Após estabelecer que os conceitos jurídicos de usos, costumes e práticas são sinônimos, bem como falar da existência do costume constitucional, passa Anna Cândida a descrever suas características, as quais o diferenciariam do costume jurídico tradicional (não constitucional).

Tais características apontadas, em realidade, servem para também conceituar o costume constitucional, na medida em que dão seus caracteres e contornos, dizendo como os costumes são, demonstrando que são diferentes do costume não constitucional (“tradicional”).

Ao analisar tais características dos costumes constitucionais, da maneira concebida pela Autora, constata-se estarem os delineamentos que caracterizam os citados costumes como que em descompasso com a noção de costume jurídico como aqui já visto. Isto porque, um costume, mesmo constitucional (assim como um costume de direito empresarial etc.) antes de tudo precisa ser um costume jurídico, pois do contrário será um costume no sentido vulgar e não técnico.

Como já visto repetidamente nesta dissertação, para a ciência do direito, só nasce uma norma não escrita quando presentes os dois clássicos elementos do costume já citados. E a própria legislação brasileira, a qual não é exceção, assim prevê na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) que, como o próprio nome diz, estabelece as regras de aplicação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, aplicável inclusive à Constituição.

A constituição não é um diploma legal apartado do direito brasileiro ou do direito de cada país, tampouco da ciência jurídica.

Embora uma constituição dite as regras supremas de um país, ela também está sujeita a regras. Cite-se, por exemplo, a já mencionada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e a Lei Complementar nº 95/98, a qual estabelece regras para a elaboração das leis, inclusive de normas constitucionais.

Há algumas possíveis incompatibilidades que merecem registro quanto às características apontadas pela Autora, podendo inclusive constatar-se que a Autora acaba por generalizar nos costumes tanto as práticas, como os “usages” e as “conventions”.

Diz Anna Cândida ⁴³⁵ : “reveste-se o costume constitucional de características próprias, que o distinguem do costume jurídico em geral” (grifo meu). São, segundo a Autora, características do costume constitucional:

1) “não adquire, em plenitude, a eficácia das normas constitucionais escritas”⁴³⁶.

Vê-se, assim, que o costume constitucional seria uma subnorma constitucional, pois, embora constitucional, estaria abaixo da norma escrita.

Diante disso, os costumes constitucionais não produziram os mesmos efeitos que as normas constitucionais escritas, não se explicando em que medida produzem efeitos tais costumes. Segundo a Autora, nas constituições, as normas escritas seriam as normas fortes, ao passo que as não escritas seriam as fracas.

Ou seja, não possuem a mesma força das normas constitucionais escritas.

2) [portanto] “não goza do atributo formal de regra superior, de regra dotada da supremacia constitucional, inerente às normas escritas das constituições rígidas e por essa razão preponderantes no confronto com normas infraconstitucionais”⁴³⁷.

Aqui nota-se que o costume constitucional não é regra superior e a eles não pode ser atribuída a supremacia constitucional.

Supremacia constitucional, de acordo com a doutrina, “significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e

⁴³⁵ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

⁴³⁶ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

⁴³⁷ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado”⁴³⁸, sendo um conceito clássico.

Diante da descrição desta característica, só as normas escritas possuem supremacia, o que as torna “preponderantes no confronto com normas infraconstitucionais”.

Dessa forma, os costumes (inclusive os constitucionais) não são capazes de criar normas constitucionais consuetudinárias com a mesma força das normas constitucionais escritas e com isso revogar (total ou parcialmente) a legislação infraconstitucional, tampouco prevalecer em uma ação direta de inconstitucionalidade de uma lei por descumprimento em tese de um costume constitucional.

De acordo esta característica, prevaleceria a lei infraconstitucional e, portanto, essa sim poderia revogar total ou parcialmente uma norma constitucional não escrita.

3) “não se lhe poderá reconhecer, pois, valor constitucional igual ou superior às normas constitucionais escritas.”⁴³⁹.

Novamente, nesta característica se renova a ideia de duas espécies de normas constitucionais, uma inferior e outra superior. Aqui também é empregada mais uma noção vaga, ou seja, a noção de valor constitucional, pois não se sabe a rigor o que seria esse valor ou, mais propriamente, desvalor dos costumes em face das normas escritas.

De qualquer forma, reforça-se aqui a ideia de subnorma, inferioridade, bem como ausência ou diminuição de força, trazendo também a noção de que a constituição não é mais a norma suprema e superior, pois com esta teoria a respeito dos costumes constitucionais, a constituição não seria mais apenas as normas escritas, mas sim o somatório das escritas com as consuetudinárias (costumes).

Nota-se, com isso, novamente a tentativa de equiparação ao sistema inglês, no qual, como já dito, a constituição é o somatório das normas não escritas (consuetudinárias) e as escritas.

⁴³⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45.

⁴³⁹ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185.

Portanto, na concepção dos costumes constitucionais da citada Autora, quando se tratar da constituição escrita esta será suprema, ao passo que no momento que estiver presente a não-escrita esta não terá mais supremacia.

4) “deverá ser tido [o costume constitucional] como norma não escrita, materialmente constitucional...”.⁴⁴⁰.

Com a ênfase do caráter de norma materialmente constitucional ao costume, este passaria a disciplinar as questões mais importantes de um país, pois normas materialmente constitucionais, como diz a doutrina, são aquelas que regulam a aquisição, exercício, transferência e perda do poder, além dos direitos fundamentais⁴⁴¹.

Assim, eventual costume constitucional, diante das características aqui elencadas, que passasse a disciplinar por exemplo direito fundamental ou questões ligadas ao poder, seria subnorma, inferior e sem supremacia, podendo inclusive ser revogado pela legislação infraconstitucional.

A chamada matéria constitucional, ou constituição material, é o coração de uma constituição e abrange os temas mais sensíveis e importantes de uma nação.

Assim, como acatar a ideia de que normas (não escritas) sem supremacia e inferiores poderiam disciplinar a chamada constituição material?

5) “na hierarquia das normas, não tem a superioridade e a eficácia das normas constitucionais.”⁴⁴².

Corroborando as considerações de caráter crítico sobre as características antecedentes, a Autora vem confirmá-las com a afirmação supra, enfatizando o critério da hierarquia das normas e declarando a ausência de superioridade e de eficácia diante das normas escritas.

Vale aqui o que já foi dito para as características citadas mais acima.

⁴⁴⁰ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185-186.

⁴⁴¹ MARCELO NOVELINO. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p. 102.

⁴⁴² ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 186.

Não obstante, entende-se caber mais uma observação, no sentido de que com tal assertiva, a Autora acaba por estabelecer três níveis hierárquicos de normas em um sistema jurídico. As constitucionais escritas, no topo da pirâmide, supremas; os costumes constitucionais (normas constitucionais não escritas) abaixo das constitucionais escritas; e, por fim, na base da pirâmide, as leis infraconstitucionais.

Tal escala se presume apenas analisando esta característica isoladamente. Contudo, se a conjugarmos com as outras características mais acima já mencionadas, perceberemos que os costumes não podem revogar a legislação infraconstitucional e, portanto, estariam abaixo das normas infraconstitucionais, fazendo com que a escala hierárquica decorrente do raciocínio da citada Autora fosse: primeiro as normas constitucionais escritas, depois as infraconstitucionais e por último, abaixo destas, as constitucionais não escritas.

De plano nota-se uma inadequação lógica de tal situação, a evidenciar a insubsistência das características supramencionadas pela Autora.

6) “conseqüentemente, decorre logicamente, que o costume não reforma e, portanto, não revoga a constituição”⁴⁴³. (grifo nosso)

Aponta Anna Cândida como conclusão lógica do desdobramento das características dos costumes constitucionais por ela elencadas, que em face das características anteriores mencionadas, “o costume não reforma e, portanto, não revoga a constituição” (grifo nosso).

Diante da inferioridade do costume constitucional preconizada pela Autora, a ponto de este não ser capaz de reformar ou revogar a constituição, indaga-se: como poderia então haver a mutação constitucional por meio dos costumes constitucionais ou práticas, se justamente o capítulo de seu livro trata especificamente dos costumes, usos e práticas constitucionais como meio de mutação constitucional?

Se a mutação constitucional é chamada de meio informal de reforma constitucional, mudando, alterando, emendando, revisando a constituição, ou a revogando parcialmente, como poderia haver a mutação por meio dos costumes,

⁴⁴³ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 186.

usos e práticas (os quais seriam sinônimos, segundo a concepção da Autora), se estes “não revogam a constituição”?

7) “Na prática o controle de constitucionalidade exercido sobre as leis pode, indiretamente, com base em norma constitucional costumeira, entender inconstitucional determinada lei ordinária”⁴⁴⁴.

Poderia, assim, uma lei em fiscalização de constitucionalidade ser declarada inconstitucional por violar um costume constitucional.

Esta característica está em sentido contrário às características acima apontadas (ausência de supremacia, não estar no mesmo patamar das normas constitucionais escritas etc.), especialmente a segunda característica aqui enumerada.

Estabelecendo uma solução de continuidade com as características acima, passa agora esta sétima característica a ir no sentido contrário, afirmando que os costumes constitucionais possuem supremacia constitucional.

Note-se que a noção de supremacia constitucional é justamente a supremacia diante da legislação infraconstitucional, como já exposto nesta dissertação. É nisto que reside a supremacia. Ou se tem, ou não se tem supremacia. Uma suposta supremacia pela metade não é supremacia.

Assim, diante desta característica, os costumes constitucionais teriam e ao mesmo tempo não teriam supremacia, o que gera certa impropriedade conceitual, corroborando a indefinição desde o início apontada.

8) “sua formação *espontânea e voluntária* se deve em regra à ação dos órgãos competentes para atuar a norma constitucional.”⁴⁴⁵.

Aqui novamente se nota um distanciamento entre as apontadas características do costume constitucional e a noção de costume jurídico.

Os costumes constitucionais, segundo as diversas conceituações já expostas nesta dissertação, diferentemente dos costumes jurídicos, nascem por

⁴⁴⁴ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 186.

⁴⁴⁵ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 187.

serem opções políticas de como se deve ou não proceder, daí este aspecto de voluntariedade.

Os costumes constitucionais seguem caminho inverso aos costumes jurídicos, pois, nestes, primeiro nasce o hábito e com o passar do tempo ele se impõe como obrigatório em face do surgimento da consciência de sua obrigatoriedade, nascendo a norma. Já, naqueles, primeiro se entendem como obrigatórios (opção política) para depois serem praticados.

9) “se firma de modo rápido e em tempo curto, não sendo necessário repetidos atos para configurá-lo.”⁴⁴⁶

Nesta característica é retirado do costume constitucional um de seus pilares, ou seja, o elemento objetivo de qualquer costume jurídico.

Um costume para ser jurídico precisa antes de tudo ser uma prática, um ato reiterado, ou seja, um costume. Não há costume naquilo que não se repete várias vezes. Um ato que, embora aconteça mais de uma vez, mas não é habitual, pode ser algo esporádico e eventual, mas não é costume.

O nome “costume” já fala por si só, pois significa “Uso, hábito ou prática ger. observada”, pois é algo que se está *acostumado* a fazer.⁴⁴⁷

Além disso, como já exposto, sabe-se que para a configuração de um costume jurídico não basta o elemento objetivo citado, mas também o elemento subjetivo, ou seja, a consciência de sua obrigatoriedade (“*opinio juris et necessitatis*”).

É importante ressaltar que o elemento subjetivo citado não se configura sem antes ocorrer a presença do elemento objetivo, tamanha a sua importância, pois a repetição de uma conduta através do tempo é que vai culminar na consciência de sua obrigatoriedade, na ideia de que é uma regra a ser seguida.

Justamente por isso, e não menos importante, está a questão do tempo.

Não há costume jurídico sem o decurso de certo tempo. E isto é uma questão clássica. Ocorre que diante do tema dos costumes constitucionais como fontes autônomas do direito constitucional, capazes de criar normas constitucionais

⁴⁴⁶ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 186.

⁴⁴⁷ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª edição. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

consuetudinárias com a mesma força das normas constitucionais escritas, é que volta-se a discutir o tempo nos costumes.

O tempo sempre foi muito importante no Direito, pois tanto o direito material como o direito processual baseiam-se no tempo. Salvo raras exceções, para tudo há tempo. São conhecidos os institutos da prescrição e decadência, a extinguir o direito de ação e o próprio direito, com o fim da pacificação social em face da não perpetuação dos potenciais conflitos.

Os prazos processuais também possuem prazo, sob pena de paralisar-se a marcha processual, onde existe o instituto da preclusão.

A propriedade também se adquire pelo decurso do tempo, ocorrendo a conhecida usucapião (prescrição aquisitiva).

No direito penal, inclusive, não pode haver pena sem prazo determinado. Ao menos no Brasil, que possui o princípio de banimento de penas cruéis, não se permite a prisão perpétua, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Uma das exceções relativas ao tempo como fator limitador no direito que pode ser citada no Brasil é o caso da imprescritibilidade dos crimes praticados pela ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático nos termos do art. 5º, XLIV, da Constituição Federal brasileira.

No caso dos costumes, sem tempo não há costume jurídico, pois só o decurso do tempo vai dizer se determinada prática é seguida ou não. A consolidação de um proceder depende do crivo do tempo, grande juiz que vai determinar o acerto ou o desacerto de determinada ação. Se a ação se prolonga no tempo, passa a ser obedecida e se transforma em norma, nascendo o direito. Não por outra razão que o costume jurídico é fonte de criação do direito como já mencionado nesta dissertação.

Como pode ser notado, o costume constitucional, diante da configuração adotada pela Autora, está desprovido deste elemento fundamental que é o tempo.

Constata-se então que, seguindo as noções sobre costume jurídico da teoria tradicional do direito, o costume constitucional como exposto pela Autora não é sequer costume jurídico, independente de ser constitucional ou não.

Nele não há os elementos objetivo e subjetivo, tampouco o decurso do tempo. Ou seja, não há elemento algum.

A citação pela Autora do pensamento de Karl Wheare demonstra que na verdade os tais costumes constitucionais são em realidade as *conventions* ou as

usages e não costumes jurídicos. Isto porque Karl Wheare fala: “acordo dos membros do poder político, interessados em agir de uma forma particular, adotam uma regra de conduta determinada e esta passa a ser imperante e obrigatória imediatamente. A regra não surge, então, de uma prática reiterada, mas deriva de um simples acordo. Desse modo forma-se ‘um imenso e importante conjunto de normas nas casas legislativas’ ”.⁴⁴⁸

10) “não precisa de reconhecimento legal nem judicial”⁴⁴⁹.

Tal característica destoa da teoria do direito, na medida que é necessário o reconhecimento legal ou judicial do costume para que ele possa ser tido como direito.

Assim nos ensinam entre os contemporâneos Marcelo Novelino⁴⁵⁰ e entre os clássicos Vicente Ráo⁴⁵¹. Como se nota, é um entendimento já sedimentado e clássico.

O reconhecimento do costume pela lei ou pelo tribunal não é apenas um entendimento da doutrina brasileira, pois na consagrada obra *O conceito de Direito* (“The concept of law”), Herbert Lionel Adolphus Hart, no item “modos de origem”⁴⁵² e no capítulo “o soberano e o súdito”⁴⁵³, nos ensina, em síntese, ao discutir as teorias a respeito, que para haver direito é necessário que este emane de um soberano (Estado) e que seja dirigido a seus súditos (compreendidos nestes, inclusive, os próprios agentes do Estado e suas instituições). Via de regra tal processo se dá por meio das leis, que são a manifestação da vontade do soberano (Estado).

Não obstante, segundo se infere dos ensinamentos do Autor, com o costume ocorre o contrário, pois é a manifestação dos súditos que se candidata a direito. E, para que isso ocorra, é necessário que o soberano (Estado) reconheça tal regra para que esta, então, passe a ser direito, pois só o soberano pode editar

⁴⁴⁸ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 188.

⁴⁴⁹ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 189.

⁴⁵⁰ MARCELO NOVELINO. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p. 44.

⁴⁵¹ VICENTE RÁO. *O direito e a vida dos direitos*, vol. 1, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 253.

⁴⁵² HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART. *O conceito de direito*, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 53 e ss.

⁴⁵³ HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART. *O conceito de direito*, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 59 e ss.

regras jurídicas. Com o reconhecimento estatal, este passa a encampar a regra costumeira e dar sua permissão para que esta ingresse no direito daquele Estado.

Segundo H. L. A. Hart, o Legislativo e o Judiciário como poderes de Estado representam, neste caso, a figura do soberano, cancelando o costume para que este passe a ser um costume jurídico e, portanto, direito. Ainda, segundo Hart, o costume, depois de reconhecido, passa a ser uma delegação legislativa do soberano aos súditos.

Outro aspecto que se pode extrair das lições de Hart é o não enquadramento adequado do poder constituinte difuso nos modos de origem do direito, pois o poder constituinte é uma manifestação do Estado (soberano), pois somente deste pode emanar normas jurídicas, isto ocorrendo mesmo no caso dos costumes, pois com o reconhecimento legal ou judicial do costume o Estado diz ser sua vontade que aquela regra costumeira se converta em direito.

Com a aceitação da hipótese do poder constituinte difuso, indeterminado, permitindo que um costume vire direito sem o devido reconhecimento legal ou do tribunal, e considerando o ensinamento de H. L. A. Hart já acima exposto, estaria afastado o Estado de sua característica de titular da emissão de regras jurídicas. Se qualquer pessoa pode criar direito por simples condutas, sem o aval do Estado, descaracterizar-se-ia a soberania estatal. O Estado passaria a não mais ditar as próprias regras.

Marcelo Novelino também nos ensina, ao tratar especificamente dos costumes constitucionais, que estes dependem de reconhecimento pelo tribunal constitucional dizendo: “Todavia, para ser considerada como direito constitucional não escrito, é necessário a confirmação da norma por um Tribunal Constitucional, responsável pela ‘guarda da constituição’.”, indicando como exemplo (citando Klaus Stern), de reconhecimento pelo tribunal constitucional alemão da “cláusula rebus sic stantibus” como “um componente não escrito do direito constitucional federal”⁴⁵⁴.

Outrossim, a noção de costume constitucional apresentada por Novelino em muito difere da exposta na obra de Anna Cândida, pois aquele autor assim se expressa ao explicar os costumes constitucionais:

“A formação de um costume decorre da prática reiterada de certos atos com capacidade de criar a convicção de sua obrigatoriedade. Para o

⁴⁵⁴ MARCELO NOVELINO. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p. 44.

surgimento de um costume de valor jurígeno, são imprescindíveis: I) *aspecto objetivo*: consistente na prática comum e permanente de determinados atos; e II) *aspecto subjetivo*: caracterizado pela crença de que tais atos são necessários ou indispensáveis à coletividade. O costume constitucional se diferencia dos demais não pela forma de surgimento, mas por seu conteúdo referente aos direitos fundamentais, à estrutura do estado ou à organização dos poderes.”⁴⁵⁵.

Constata-se que tal noção apresentada por Novelino se encaixa à teoria geral do direito e diverge da apresentada por Anna Cândida.

Como expõe Novelino, o costume constitucional precisa antes de tudo possuir os elementos que compõem qualquer costume jurídico, além do reconhecimento por parte do Estado⁴⁵⁶.

11) “não pode ser alterado por decisão do poder legislativo ordinário”⁴⁵⁷.

Diante de tal afirmação, fica a dúvida: o poder legislativo ordinário é aquele que possui o poder de revisão formal da constituição e, portanto, poder de emendar a constituição, alterar suas normas escritas, as quais, segundo a própria Autora, são hierarquicamente superiores aos costumes constitucionais.

Assim, diante da característica acima citada, pergunta-se: não poderia o poder legislativo ordinário emendar a constituição para revogar (total ou parcialmente) os costumes?

Note-se que tal característica peculiar aos costumes constitucionais reporta-se ao poder legislativo em si e não aos seus atos legiferantes. É vedado, segundo a Autora, ao poder legislativo a faculdade de “decisão” a respeito da constituição, o que afronta a atividade típica do Legislativo, a qual é legislar, quando e como lhe aprouver.

Ainda, segundo a característica apontada, contraditoriamente tal vedação não se aplicaria às normas constitucionais escritas (salvo no caso das cláusulas pétreas), mas aplicar-se-ia para as não escritas em qualquer caso.

⁴⁵⁵ MARCELO NOVELINO. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p. 43.

⁴⁵⁶ MARCELO NOVELINO. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010, p. 43.

⁴⁵⁷ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 189.

Além disso, se houvesse o tal poder constituinte difuso que a todos pertence difusamente (veja-se que esta teoria do caráter difuso não identifica ou define que seriam os titulares deste poder, podendo se presumir que sejam todos, inclusive o poder legislativo), não haveria razão para excluir justamente o poder mais legitimado para alterar a constituição, o poder legislativo. No raciocínio da Autora quanto a esta característica, este poder constituinte difuso abrangeria a todos, menos o poder legislativo.

12) “É o costume constitucional expressão do poder Constituinte *difuso*, ...”⁴⁵⁸.

Além do que já dito acima sobre a teoria do poder constituinte difuso quanto à sua impropriedade lógica, outra consideração que pode confirmar tal impropriedade é a anotação feita pela Autora, citando Humberto Quiroga Lavie, de que “pelo costume se ‘relativiza a diferença entre poderes constituintes e poderes constituídos, pois estes últimos, ao estabelecê-lo, atuam como poder constituinte’”,⁴⁵⁹, tendo Anna Cândida concordado com tal afirmação⁴⁶⁰.

Veja-se que tal relativização configura-se eufemismo para dizer que nos costumes constitucionais, como expostos na obra da Autora, não há mais diferença entre poder constituinte e constituído, igualando-os. A criatura passa a ser criador, e vice-versa.

Nota-se o desfazimento da teoria do direito, pois em matéria de costumes constitucionais, como exposto em todas as doze características acima citadas em análise, os conceitos jurídicos desaparecem, são postos de lado, como se existisse uma teoria geral do direito como regra para todos os demais ramos do direito e um direito de exceção, diverso, único e exclusivo quando se trate dos costumes constitucionais.

15.4.2 Luiz Roberto Barroso

⁴⁵⁸ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 185; 189.

⁴⁵⁹ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 189.

⁴⁶⁰ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 189.

“Práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ser válido ou até mesmo obrigatório”⁴⁶¹.

Aqui Barroso já confunde costumes com práticas, ou as equipara, à maneira de Anna Cândida.

15.4.3 Uadi Lammêgo Bulos⁴⁶²

“O termo prática constitucional é amplo, compreendendo os usos e costumes que se formam à luz da Constituição. Engloba, também, outras figuras que lhe são afins, tais como as praxes, os precedentes e as convenções constitucionais”⁴⁶³.

Aqui, criou-se um gênero (práticas), derivando este em cinco espécies, nominadas “Praxes”, “Precedentes constitucionais”, “Usos”, “Costumes” e “Convenções constitucionais”.

Na noção exposta por Uadi Lammêgo Bulos, há uma maior aproximação das ideias expostas por Anna Cândida, inclusive com a generalização das noções, contribuindo para a indefinição dos conceitos⁴⁶⁴.

16. Alguns Exemplos de Costumes Constitucionais e/ou Parlamentares

Brevemente, aqui são colocados alguns exemplos citados na doutrina de costumes que podem ser constitucionais, parlamentares ou ambos ao mesmo tempo, dependendo da posição em que são encarados.

Portugal.⁴⁶⁵

Ato de demissão do governo exarado pelo Presidente da república para assegurar o regular funcionamento das instituições democráticas (não usado desde

⁴⁶¹ LUÍS ROBERTO BARROSO, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

⁴⁶² Observação: a pesquisa se deu unicamente no livro “Mutações constitucionais”, São Paulo: Saraiva, 1997” e não foi possível o acesso a eventual nova edição deste livro ou às demais obras do mesmo autor.

⁴⁶³ UADI LAMMÊGO BULOS, *Mutações constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 172.

⁴⁶⁴ UADI LAMMÊGO BULOS, *Mutações constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 171-193.

⁴⁶⁵ CARLOS BLANCO DE MORAIS. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*, Salvador: Juspodium, 2013, p. 499.

1977). Esse desuso (costume negativo) foi consagrado na doutrina com o aspecto de que não basta a quebra da confiança no governo para exercer tal prerrogativa, mas só em último caso e em situações extremas. Contudo, caso o presidente quebre esta tradição (costume), não haverá sanção, pois trata-se de regra semelhante ao “SoftLaw”: exemplo de costume constitucional, do ponto de vista do Presidente da República; exemplo de Costume parlamentar, do ponto de vista da Assembleia.

E.U.A.

Exemplos de “Usages”⁴⁶⁶:

a) não reeleição do presidente, mesmo a Constituição americana não tendo esta proibição expressa à época (pois hoje é possível nos EUA): exemplo de Costume constitucional;

b) não uso pelo senado de sua competência para rejeitar as nomeações do presidente para seu gabinete: exemplo de Costume parlamentar;

No Brasil há regra semelhante quanto à sabatina dos indicados a ministro do STF pelo Senado: exemplo de Costume parlamentar.

Itália.⁴⁶⁷

a) Prática costumeira em relação ao *quorum* para as deliberações das Câmaras e do Parlamento: o legislativo italiano adotou a prática de que a maioria absoluta que a Constituição estabelece é calculada subtraindo-se do número global os parlamentares legalmente ausentes, ou seja, transformou-se a maioria absoluta em maioria simples: exemplo de Costume parlamentar;

b) assinatura conjunta dos atos do presidente e ministros para que aqueles tenham validade: transformou-se esta regra na seguinte fórmula: nos atos eminentemente presidenciais, a assinatura do ministro apenas atesta sua regularidade. Já nos atos eminentemente governamentais, é a assinatura do presidente que apenas atesta sua regularidade (inverte-se a função de cada assinatura): exemplo de costume constitucional, do ponto de vista do Presidente da República; exemplo de Costume parlamentar, do ponto de vista da Assembleia.

⁴⁶⁶ HSÜ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁶⁷ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 201.

c) “Coordinamento”: exemplo de Costume parlamentar.

Como exemplo de costume parlamentar na Itália pode ser citado o chamado “coordinamento” (coordenação). De acordo com esta prática, diante de um projeto de lei em tramitação no parlamento italiano, o qual é constituído de duas Casas, depois que o projeto já foi discutido e aprovado na Câmara dos Deputados, o Presidente da respectiva Casa ou da Comissão, a depender do procedimento interno adotado, pessoalmente, caso assim entendesse, modificaria o projeto de lei já discutido e aprovado por toda a Câmara (ou Comissão) e o encaminharia. Dessa forma, seria encaminhado não o projeto como aprovado, mas, sim, com as alterações feitas pelo respectivo Presidente, fazendo que, portanto, em realidade outro projeto de lei fosse encaminhado ao Senado. Caso o novo projeto (com as alterações pessoais do respectivo Presidente) fosse aprovado no Senado, estaria dessa forma criado um ato normativo originado, ao menos em parte, não de uma Casa legislativa, mas de uma pessoa individualmente considerada⁴⁶⁸.

Na opinião de Ignacio Torres Muro, tal prática de “coordinamento” é inconstitucional. Contudo, tendo sido levada a questão à Corte Suprema italiana, esta afirmou ao apreciar o caso que tal prática não pode, a princípio, ser considerada inconstitucional, declarando também que tal afirmação da Corte não impede que esta possa exercer o seu controle de constitucionalidade sobre os casos em que ocorra a prática de “coordinamento”, colocando então que a existência ou não de constitucionalidade não poderia ser declarada como tese geral aplicável a todos os casos, mas deveria ser verificada caso a caso, demonstrando assim que poderia haver inconstitucionalidade em uns e constitucionalidade em outros casos⁴⁶⁹.

França.⁴⁷⁰

A prática costumeira (até 1939) de não haver reeleição do Presidente da República francês, apesar de a constituição francesa não prever esta proibição: exemplo de Costume constitucional.

⁴⁶⁸ IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 203.

⁴⁶⁹ IGNACIO TORRES MURO, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*, Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 6, Número 17, Mayo-Agosto, 1986, p. 203.

⁴⁷⁰ ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 201.

Brasil.⁴⁷¹

a) Voto de liderança no legislativo, sem submissão da matéria a plenário: exemplo de Costume parlamentar;

b) Edição das medidas provisórias, sem observância dos requisitos de relevância e urgência e a inobservância de seu caráter provisório: exemplo de costume constitucional, do ponto de vista do Presidente da República; exemplo de Costume parlamentar, do ponto de vista da Assembleia.

c) Reedição de medidas provisórias (antes da EC. 32): exemplo de costume constitucional, do ponto de vista do Presidente da República; exemplo de Costume parlamentar, do ponto de vista da Assembleia.

⁴⁷¹ LUÍS ROBERTO BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

CONCLUSÃO

Observação inicial sobre as conclusões.

As conclusões aqui apresentadas foram formuladas a partir de um ponto de vista específico a respeito do tema desta dissertação, delas emergindo observações de aspecto comparativo e crítico com vista a fazer uma análise do tema dentre outras análises também possíveis.

Diante de tal consideração inicial, não se teceu no desenrolar deste trabalho e tampouco nesta fase conclusiva considerações definitivas e únicas sobre as diversas questões, mas apenas reflexões e observações sobre aquilo que foi estudado.

Conclusões.

Jorge Miranda e Carlos Blanco de Moraes trazem esclarecimentos muito importantes para a compreensão do tema. Apresentam os Autores os fundamentos a respeito do tema a propiciar um ângulo de visão voltado para a teoria geral do direito.

Como pôde ser visto a questão dos costumes constitucionais dentro da perspectiva dos atos internos tácitos estatais continua indefinida na doutrina italiana, francesa e brasileira, face à dificuldade de se estabelecer o que seriam efetivamente os costumes constitucionais nos países continentais dotados de constituição escrita e rígida e os costumes constitucionais concebidos na Inglaterra, país de constituição não escrita.

É necessário tomar a Inglaterra por referência para se entender o que acontece nos países continentais em relação aos costumes constitucionais ou com os atos não escritos praticados. Isto porque nestes países existiram rupturas constitucionais, o que ensejou a criação de constituições escritas e rígidas, sendo tal rigidez uma das formas de garantia da própria constituição, a fim de que a nova ordem estabelecida após o movimento que gerou a ruptura anterior se mantivesse.

Apenas a Inglaterra não vivenciou solução de continuidade no seu sistema constitucional, o que talvez explique o sucesso do sistema inglês, baseado na soberania do parlamento e em uma constituição não escrita alicerçada em costumes

que são praticamente os mesmos desde sempre, mas que possuem a capacidade de adaptação às necessidades sociais e políticas inglesas no decorrer dos séculos.

Como pôde se notar da análise da doutrina citada nesta dissertação relativa aos sistemas constitucionais italianos e franceses que segue o entendimento do costume constitucional como fonte autônoma e ilimitada do direito constitucional, bem como das ideias expostas por Ana Cândida, a qual perfilha o mesmo entendimento, verificou-se que os costumes constitucionais possuem em comum a característica de criarem normas constitucionais que se sobrepõem à constituição escrita, servindo como instrumento de atuação dos agentes públicos titulares dos órgãos de soberania estatal, com exclusão apenas do poder judiciário.

Os costumes constitucionais ilimitados, como foram chamados nesta dissertação, são aqueles que acabam gerando o efeito de esvaziamento, total ou parcial, do conteúdo da constituição escrita, mas sem revogá-la. Assim, a constituição escrita existe e está em vigor, mas por meio dos costumes constitucionais ilimitados ela nunca seria completa ou totalmente abrangente, pois, baseado na nova noção de lacuna, sempre esta existirá, mesmo que haja norma escrita disciplinando o assunto. Assim, tais costumes acabam agindo livremente e criando, como já mencionado, uma constituição não escrita paralela e superior à escrita. Tal situação, também como já dito, é mais uma demonstração da tentativa de criação de uma constituição costumeira a guiar os sistemas constitucionais baseados em constituição escrita e rígida.

Dessa forma, esta constituição escrita, mas vazia de conteúdo na prática, seria livremente “aplicada” pelos costumes citados (que costumes não o são, mas sim convenções). É mais uma tentativa de equiparação prática com a constituição inglesa, a qual é posta em prática por meio das convenções. Por essa razão foram chamados de *ilimitados*, pois não se trata de mais de avaliar se seriam “secundum”, “praeter” ou “contra legem”, mas, sim, costumes constitucionais como fonte autônoma de normas constitucionais originárias, pois fruto do poder constituinte derivado da vontade do Estado. Dessa forma, os costumes constitucionais ilimitados sempre seriam constitucionais, pois seu conjunto seria a própria constituição não escrita paralela à escrita, a qual continua existindo e em vigor, mas vazia de conteúdo.

Os Autores italianos, franceses e brasileiros, como já citado, baseiam-se em características próprias do costume constitucional capazes de diferenciá-los do

costume jurídico propriamente dito, chamado nesta dissertação de costume tradicional. Este, ninguém discute, é fonte do direito. Constata-se assim que toda a construção jurídica para legitimar a existência dos costumes constitucionais ilimitados, seria de que o costume jurídico é fonte do direito e o costume constitucional, também sendo um costume jurídico, seria a fonte do direito constitucional, criando dessa forma normas constitucionais não escritas em igualdade com as normas constitucionais escritas.

Nisto baseia-se a ideia do direito costumeiro constitucional, também chamado de direito constitucional não escrito ou, simplesmente, direito constitucional consuetudinário.

Constatou-se que os defensores do costume constitucional ilimitado como fonte autônoma do direito constitucional buscaram reformulações de institutos jurídicos clássicos para justificar a existência válida dos costumes constitucionais. Noções como direito positivo, poder constituinte, vigência, poder legislativo estatal, vontade estatal, soberania nacional, sanção, força obrigatória ou cogente foram alterados, atualizados, refeitos, reformulados, para possibilitar a existência dos costumes constitucionais.

Mas não só estes institutos jurídicos sofreram modificações, pois o próprio instituto jurídico do costume com seus dois clássicos elementos constitutivos, o objetivo e o subjetivo, foram reformulados para os costumes constitucionais. Tais reformulações citadas, em realidade, são novos conceitos que não poderiam manter os nomes dos institutos reformulados, pois, por exemplo, o direito positivo defendido pela corrente que sustenta a validade dos costumes constitucionais ilimitados não é, em verdade, o direito positivo, mas, sim, a efetividade rotulada de direito positivo.

Como se verificou pelas noções de costume, tanto tradicional como constitucional expostas nesta dissertação, o costume constitucional em realidade não é um costume jurídico e, portanto, não é fonte do direito constitucional. Não possui o costume constitucional os dois elementos constitutivos de qualquer costume jurídico. Tais elementos são essenciais a qualquer costume e não se pode falar em fonte do direito sem a presença de ambos os elementos, somado ao fato que nos costumes constitucionais também está ausente o fator tempo, ou seja, o costume constitucional não possui elemento algum e não passa de mero comportamento ou mera prática exercida pelos agentes públicos.

O costume constitucional não possui, como se viu, embasamento na teoria geral do direito, a qual, pela própria designação de *geral*, aplica-se a todo o direito, inclusive ao constitucional. Para o direito constitucional, contudo, haveria um direito de exceção único e exclusivo.

Como características do costume constitucional pudemos constatar que ele é fruto da atividade dos agentes dos chamados órgãos imediatos do Estado, os quais correspondem aos órgãos de soberania, também chamados de poderes de Estado. Tal atividade se desenvolveria nas suas inter-relações durante o exercício de suas atribuições constitucionais típicas dos órgãos de cúpula estatal.

Além disso, os costumes constitucionais seriam a manifestação da vontade do Estado, a qual se expressa por meio da vontade dos seus agentes, os quais seriam os legitimados a dizer o que o Estado deseja no cumprimento da constituição. Baseado na ideia de que esta vontade estatal seria a fonte da obrigatoriedade de todas as normas jurídicas, inclusive das leis, os costumes, por também serem fruto da vontade do Estado, seriam normas jurídicas da mesma forma que a lei.

Desta força obrigatória nasceria o dever de obediência dos costumes constitucionais, vinculando os próprios agentes estatais e garantindo a efetividade das normas não escritas constitucionais. A vontade estatal desta forma tornaria o costume igual à lei escrita, pois lhe atribuiria um imperativo jurídico, o qual remete à ideia da imperatividade das leis. Seriam então os costumes e as leis iguais quanto à força cogente, sendo a única diferença baseada no modo pelo qual os dois tipos de normas recebem a sua força obrigatória, sendo os costumes de modo imediato e direto (por meio da atuação dos agentes estatais) e as leis por meio do poder legislativo e modo indireto e mediato.

Os costumes constitucionais, da mesma forma que as leis escritas, também possuiriam sanção, mas tal sanção para existir não poderia ser encarada como a noção clássica de sanção, pois nos costumes constitucionais a sanção é de natureza política e social. Além disso, os costumes constitucionais possuiriam melhor capacidade de adaptação às demandas sociais e políticas do país em face de sua flexibilidade, o que não ocorre com as leis escritas, razão pela qual deveria se dar preferência sempre aos costumes ao invés das leis.

Em razão desta força obrigatória e da sanção que acompanharia os costumes constitucionais, tem se entendido que eles se equiparam à lei, mas

mesmo entre daqueles que defendem a existência válida dos costumes constitucionais ilimitados não há consenso se o costume seria uma norma jurídica ou não, pois ora se diz que o costume apenas aparenta ser uma norma de direito e outras vezes se diz que o costume é uma norma jurídica dotada de obrigatoriedade.

Sustenta René Capitant, inclusive, que as normas constitucionais não escritas, ou seja, os costumes constitucionais, são responsáveis pela continuidade das constituições francesas que, segundo o Autor, como já visto, são verdadeiramente costumeiras independentemente de haver uma constituição escrita, pois esta em realidade apenas seria o reconhecimento escrito das normas costumeiras constitucionais já existentes. Para este Autor, diante da teoria das revoluções por ele exposta, também a França, à maneira da Inglaterra, não sofreu ruptura constitucional e os costumes constitucionais são a verdadeira constituição a garantir a mencionada continuidade constitucional.

Também sustentam os Autores citados desta corrente de pensamento que o poder judiciário não poderia interferir diante dos costumes constitucionais oriundos das inter-relações dos agentes dos órgãos imediatos do Estado. Tal situação não é dita expressamente, talvez pela dificuldade de se explicar tal limitação do poder judiciário nos países continentais de constituição escrita e rígida os quais adotam o sistema de separação de poderes tendo o poder judiciário como árbitro do cumprimento da constituição escrita. Mas tal limitação do poder judiciário se infere de suas palavras, pois segundo a teoria a embasar a constitucionalidade dos costumes constitucionais ilimitados, não haveria em realidade costumes “contra legem”, pois todo o costume seria legítimo, pois fruto da vontade estatal. Este argumento acaba, por via obliqua, a criar uma soberania do parlamento para os órgãos constitucionais imediatos dos Estados nos sistemas constitucionais de constituição escrita e rígida onde há o poder judiciário como fiscal da constituição, pois, sendo descartada a hipótese de um costume contra a constituição, não haveria motivo para a fiscalização pelo poder judiciário.

Dessa forma, desnecessária a interferência do poder judiciário, pois o Estado não erraria na manifestação de sua vontade, a qual seria externada pelos agentes estatais respectivos. Assim, os poderes executivo e legislativo teriam plena independência nas suas inter-relações, podendo sofrer consequências apenas de caráter político, mas não jurídico.

Outra questão que merece ser colocada é a das lacunas constitucionais. Para os Autores citados, também a noção de lacuna sofreu uma reformulação, pois não significa mais as zonas não abrangidas pelo direito, mas significando na sua nova roupagem as matérias constitucionais não incluídas na chamada reserva legal, significando esta a obrigatoriedade da regulamentação por meio da lei de determinadas matérias constitucionais. Dessa forma, aquilo que não estivesse incluído dentro da reserva legal, mesmo que exista norma constitucional escrita a respeito, seria uma lacuna constitucional e poderiam os costumes constitucionais disciplinar a questão.

Ocorre que justamente tais Autores sustentam que tal reserva de lei diz respeito às normas fundamentais da constituição, o que gera uma relevante contradição, pois tais normas fundamentais correspondem à chamada constituição material, a qual disciplina o poder e o exercício do poder pelos órgãos constitucionais constituídos, ou seja, os órgãos constitucionais imediatos. Dessa forma, as normas da constituição material disciplinam exatamente as atividades dos agentes estatais dos órgãos imediatos do Estado, atividades estas que seriam precisamente o campo de incidência dos costumes constitucionais.

Dessa maneira, haveria em tese um contra-senso em tal releitura da noção de lacuna constitucional, pois a chamada reserva legal seria justamente a área de atuação do costume constitucional.

Além disso, mesmo se desconsiderássemos tal contradição quanto às lacunas, outra situação também poderia ocorrer. Com esta nova noção de lacuna cria-se a situação em que os costumes constitucionais disciplinariam de forma autônoma matérias também disciplinadas pela constituição escrita. Isso demonstra também a ideia de sobreposição de sistemas constitucionais, pois estar-se-ia na prática sobrepondo-se o sistema inglês ao sistema continental italiano ou francês, inclusive tal sobreposição é condizente com as ideias defendidas por Anna Cândida.

Diz-se sobreposição e não transposição. Pois não se trata de mera transposição de sistemas, uma vez que o sistema do país continental não é o sistema inglês transportado. Não há como se trazer a Inglaterra para dentro da França ou da Itália, juridicamente falando. Os respectivos sistemas constitucionais continentais existem e estão em vigor, ou seja, são uma realidade. Portanto, quando se fala em sobreposição, está a se falar de dois sistemas constitucionais funcionando ao mesmo tempo dentro de um país, sendo o sistema inglês aplicado

sobre o sistema escrito e rígido do respectivo país, com prevalência do sistema consuetudinário inglês e de suas características não escritas, em detrimento das normas escritas do país continental.

Ao menos, estas são as consequências daqueles que defendem a existência de costumes constitucionais ilimitados como fonte autônoma do direito constitucional dentro dos países continentais de constituição escrita e rígida citados. Haveria então um sistema escrito e outro sistema não escrito coexistindo na prática.

Tais considerações têm relevância e pertinência direta com os costumes parlamentares. Como foi visto, os costumes parlamentares são espécies do gênero costume constitucional, variando apenas quanto ao objeto dos costumes que, neste caso, é mais específico e diz respeito exclusivamente à atividade interna não escrita do parlamento.

Os atos parlamentares internos tácitos, conforme já colocado nesta dissertação, são os atos praticados dentro do parlamento de forma não expressa, não escrita e limitados ao âmbito interno das casas legislativas ou na suas inter-relações. Mas, não se deve desconsiderar que tais atos parlamentares tácitos podem ocorrer também nas relações com o poder executivo quando este se situar fora do parlamento, como no caso do sistema presidencialista.

Os costumes parlamentares são espécies dos atos parlamentares tácitos internos. Como já mencionado neste trabalho, diversos são os atos parlamentares tácitos, podendo ser citadas as praxes, os precedentes parlamentares, a chamada jurisprudência parlamentar, baseada no conjunto de precedentes e nem sempre manifestada sob a forma expressa (ressalte-se que preponderantemente a jurisprudência parlamentar se manifesta pela forma expressa). Além destes, podem ser mencionadas as normas de correção parlamentar, convenções parlamentares e os costumes parlamentares.

Como se constata, em um órgão colegiado com grande atividade oral, como é o caso do parlamento, intensa é a atividade praticada sem o uso da forma escrita. O próprio nome *parlamento* é expressivo, pois significa exatamente o local onde se fala. Dessa forma, é natural que sua atividade se desenvolva sob a forma tácita. Muitas são as maneiras, como exposto acima, de se desenvolver essa considerável parcela da atividade parlamentar, pois, em realidade as principais questões do parlamento são discutidas e decididas oralmente, sendo que o registro de tais atos é que se dá pela forma expressa ou escrita.

Os costumes parlamentares, como espécie do gênero costume constitucional, têm sido conceituados como a prática constante e uniforme dentro do parlamento revestida da consciência de sua obrigatoriedade. Ou seja, são os costumes constitucionais, mas com a delimitação ou restrição do seu âmbito de atuação, seja quanto à matéria (atividade parlamentar), seja quanto ao local (o âmbito interno do parlamento). Quanto às pessoas, também possui específica destinação os costumes parlamentares, pois, como também já verificado nesta dissertação, os costumes parlamentares, assim como as práticas parlamentares *lato sensu*, têm como destinatários os parlamentares, mas excepcionalmente podem ser aplicadas a membros de outros poderes de Estado quando estes estiverem exercendo alguma função dentro do poder legislativo.

Assim, as noções de costume parlamentar são indissociáveis das de costume constitucional, em face da já mencionada relação de gênero e espécie. Dessa forma, as características e elementos constitutivos do costume constitucional necessariamente devem estar presentes no costume parlamentar, apenas havendo a diferenciação (o que exatamente qualifica o costume parlamentar como espécie) quanto à matéria, ao âmbito de incidência e às pessoas. Como se nota, são diferenças *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione personae*.

Portanto, devemos encarar o costume parlamentar como um costume constitucional mais restrito, mas ambos tendo a mesma essência e a mesma natureza. Quanto à essência, tem defendido a doutrina dos costumes constitucionais ilimitados que ambos seriam costumes jurídicos e que teriam natureza de fonte autônoma do direito constitucional, podendo, dessa forma, criarem normas constitucionais com a mesma força das normas constitucionais escritas, pois, como já dito, seriam a vontade do Estado etc..

Os costumes parlamentares teriam, portanto, a mesma capacidade criadora ilimitada dentro do parlamento, pois os parlamentares são agentes imediatos do Estado considerando justamente que o parlamento é um dos órgãos de soberania de um país. Dessa forma, a vontade dos parlamentares dentro de suas atividades internas seria a própria vontade do Estado.

Estes costumes, da mesma forma que os costumes constitucionais, ainda segundo a corrente que sustenta a existência válida dos costumes constitucionais ilimitados, destinariam-se a concretizar o respectivo regimento interno do parlamento, seja este unicameral ou bicameral, sendo que tal função concretizadora,

da mesma forma que ocorre com o gênero costume constitucional, também não teriam limites dentro do âmbito parlamentar, pois o costume parlamentar é espécie daquele.

Como foi verificado na Parte II desta dissertação, as praxes, precedentes, normas de correção, todas constitucionais, são variações dos costumes constitucionais, onde geralmente em cada espécie de prática faltaria um dos elementos do costume jurídico. *Mas isto dentro de sistema constitucional baseado em constituição escrita e rígida.* Assim, por exemplo, na noção de praxe constitucional faltaria a convicção de sua obrigatoriedade, consubstanciando-se em mero uso, eventual ou não, mas não vinculante, modificável e extinguível a qualquer tempo. Tais características se encontram nas praxes, nos precedentes e na jurisprudência parlamentar, pois todos podem ser modificados ou não observados dependendo da conveniência política do parlamento.

Diversa situação se verifica quando surgem as convenções constitucionais, pois estas vinculam os seus destinatários e, portanto, possuem o caráter de obrigatoriedade. Tais convenções também são comportamentos, mas pode se dizer que são comportamentos qualificados, no sentido que consagram posicionamentos políticos e, como consequência, compromissos dentro do parlamento pelos seus atores. Assim, é um ato parlamentar interno tácito, o qual expressa um acordo que colocará em execução a constituição, mas de forma vinculante.

Também as convenções não são desprovidas de consequências, pois o seu eventual descumprimento gera responsabilidade política e social, sendo aquela a responsabilização interna dentro do parlamento com a consequente e eventual demissão do governo em face da perda da confiança e, portanto, da maioria dentro da Casa Legislativa, ao passo que a responsabilidade social se manifestará no seio da sociedade por meio da aprovação ou reprovação quando das eleições gerais.

Quando há a aplicação das convenções constitucionais pela doutrina italiana e francesa nos respectivos sistemas continentais, a mesma relação de gênero e espécie que existe entre os costumes constitucionais e parlamentares se verifica entre as convenções constitucionais e as convenções parlamentares, como visto neste trabalho. Dessa forma, as convenções constitucionais são gênero do qual as convenções parlamentares são espécie, possuindo estas as mesmas características, essência e natureza daquelas, mas, da mesma forma que os

costumes parlamentares, as convenções parlamentares diferenciam-se das constitucionais *ratione materiae*, *ratione loci* e *ratione personae*.

Segundo a doutrina que defende os costumes constitucionais ilimitados, as convenções constitucionais não se limitam ao parlamento, sendo o seu âmbito de aplicação tanto o executivo como o legislativo, mesmo que o chefe daquele seja o Presidente da República. Para as relações dentro do parlamento existiriam as convenções parlamentares.

Pelo que se constatou durante esta dissertação, há duas doutrinas relativamente às convenções constitucionais, sendo que tais efeitos aplicar-se-iam às convenções parlamentares em face da citada relação de gênero e espécie.

Para se entender as convenções constitucionais é preciso ir verificar a sua concepção na origem, ou seja, no sistema constitucional inglês. E, pôde-se perceber, como dito acima, esta dualidade entre o sistema inglês e os sistemas continentais em relação às convenções constitucionais.

Na origem inglesa, as convenções constitucionais são o principal mecanismo de atuação do parlamento britânico para exercer as suas funções, o que significa, em última análise, concretizar a constituição inglesa. Neste particular, muita diferença existe entre o sistema inglês e os sistemas continentais mencionados nesta dissertação. Isto porque, em primeiro lugar, a constituição da Inglaterra é consuetudinária, ou seja, não escrita, não obstante se saiba que documentos escritos também compõem a constituição inglesa, mas sendo esta constituição classificada como não escrita.

Além disso, outra característica única existe na Inglaterra, a qual consiste na soberania do parlamento. Apenas o parlamento britânico é soberano, não obstante a doutrina que defende os costumes constitucionais ilimitados sustentar haver soberania do parlamento nos sistemas continentais. A soberania do parlamento inglês é tão importante quanto à própria característica consuetudinária da constituição britânica.

Quanto à característica consuetudinária, a constituição britânica não possui mecanismo expresso de revisão constitucional, ou seja, a respectiva constituição é flexível. Assim, a Inglaterra caracteriza-se por ser um país de constituição costumeira e flexível. Isto significa que não há nenhum procedimento específico e que exija qualquer espécie de quórum qualificado para a criação ou alteração de normas constitucionais pelo parlamento, fazendo com que o parlamento

britânico seja efetivamente o real intérprete da constituição britânica, pois a constituição inglesa será aquilo que o parlamento disser que ela é. Além disso, o parlamento possui a prerrogativa de manter a sua autoridade perante as demais instituições, pois pode criar livremente leis que garantam esta prerrogativa, podendo possuir estas leis inclusive natureza constitucional.

Não por acaso, como visto na Parte I desta dissertação, o parlamento inglês é o protagonista do sistema constitucional britânico e não há como separar o parlamento da evolução histórica inglesa. Parlamento e Inglaterra estão umbilicalmente ligados. Além disso, como já mencionado por I. N. Stevens, o próprio sistema de freios e contrapesos responsável pela separação dos poderes na Inglaterra é estabelecido pelo parlamento por meio das convenções constitucionais, lembrando que estas são atos parlamentares internos tácitos, ou seja, não escritos.

As relações entre a coroa e o parlamento inglês são em grande parte disciplinadas pelas convenções constitucionais. O Governo inglês nasce e situa-se dentro do parlamento, sendo que as relações entre este e aquele também são disciplinadas em grande medida pelas convenções constitucionais. Como se percebe as convenções constitucionais na Inglaterra têm importância extraordinária e representam a capacidade de estabilidade e harmonia política do próprio parlamento e do sistema político-jurídico da Inglaterra.

A própria expressão “*convention of the constitution*” já revela que estas convenções são, em realidade, normas de caráter constitucional, pois são “convenções da constituição”, ou seja, convenções originadas diretamente da constituição. Não foram chamadas na Inglaterra de “*convention of the parliament*” (convenções do parlamento), mas, sim, da constituição. São as normas constitucionais inglesas vivenciadas dentro do parlamento e nas suas relações com as outras instituições inglesas, abrangendo inclusive a coroa e o poder judiciário inglês.

Tais características estão diretamente relacionadas com o instituto britânico da soberania do parlamento, por meio do qual o parlamento é, obviamente, soberano, a significar que nenhuma outra instituição ou poder pode se sobrepor ou se opor ao parlamento. Também como já foi visto nesta dissertação, sequer o poder judiciário inglês pode declarar a inconstitucionalidade das leis inglesas ou negar-lhes aplicação, limitando-se os juízes a darem a interpretação que entendam adequada de tais leis.

Hipoteticamente, caso o poder judiciário inglês criasse qualquer decisão, ainda que de caráter normativo, declarando qualquer limitação ao parlamento, imediatamente o parlamento poderia sem qualquer formalidade criar uma lei de natureza constitucional para anular tal interferência judicial.

Como se nota, é realmente adequada a expressão soberania do parlamento. É necessário ressaltar que soberania não se confunde com independência. A independência traduz a ideia de autonomia, mas não traduz a ideia de proibição de interferência de outros órgãos ou poderes. Nos sistemas continentais de constituição escrita e rígida os órgãos de soberania ou poderes de Estado são independentes, mas esta independência está sujeita a controle e fiscalização por outros órgãos, sendo o principal deles o poder judiciário. Nos sistemas citados compete ao poder judiciário a garantia da constituição podendo, portanto, declarar a inconstitucionalidade das leis emanadas do poder legislativo respectivo ou dos atos normativos de qualquer outro poder ou instituição estatal.

Além disso, a configuração da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos nos países continentais de constituição escrita e rígida estão previstos de forma expressa na respectiva constituição escrita, havendo a separação em três poderes distintos, como se sabe. Tal sistema de “checks and balances” nestes países não possui flexibilidade como ocorre na Inglaterra, pois nesta, as convenções constitucionais, as quais são o instrumento do sistema de freios e contrapesos inglês, são dotadas de flexibilidade, inclusive quanto à iniciativa, sendo que as questões políticas preponderarão para a solução dos potenciais conflitos entre os órgãos constitucionais ingleses. Já em uma constituição escrita e rígida não há tal flexibilidade e as iniciativas, inclusive, são obrigatórias sob pena de eventual responsabilidade funcional dos agentes imediatos do Estado.

Apenas para fazer um paralelo que se considera oportuno, tem se alegado como exemplo de constituição escrita e rígida à qual se aplicariam as práticas constitucionais a constituição dos Estados Unidos da América. Isto porque, como é sabido, a constituição americana é escrita e possui mecanismo próprio para sua alteração, caracterizando-a também como rígida. Baseado nisso tem se proclamado que os atos tácitos constitucionais, genericamente falando, o que inclui as convenções constitucionais, seriam aplicados na constituição americana e, portanto, as características de ser escrita e rígida não seriam obstáculo.

A constituição americana, embora escrita e rígida, não pode servir de parâmetro para as demais constituições com os mesmos qualificativos. Assim se dá, pois nos Estados Unidos seu Texto Maior é extremamente conciso e lacunoso, além de estar em vigor há mais de duzentos anos. Ela é, e continua sendo, a primeira constituição americana onde, provavelmente, diante destas características, não haverá outra constituição.

Como visto na Parte I desta dissertação, o presidencialismo, o qual foi criação americana, nasceu das ideias parlamentaristas inglesas, sendo enorme a influência britânica no constitucionalismo americano, sendo tal fato natural e decorrente logicamente da colonização inglesa pelo fato de que os Estados Unidos da América foram povoados pelos próprios ingleses. Os colonos ingleses traziam consigo, naturalmente, as ideias inglesas quanto à concepção de Estado, não podendo, por razões óbvias, em um país que estava sendo constituído naquele momento, estabelecer uma constituição costumeira à maneira da pátria mãe inglesa. Dessa forma, a constituição americana, não por acaso, é extremamente enxuta e conhecidamente composta por sete artigos e poucas emendas, os quais representam aquilo que foi considerado como essencial para se colocar de forma escrita.

Em face desta grande elasticidade da constituição americana e baseado na influência inglesa, também nos Estados Unidos da América existem práticas não escritas para o cumprimento da constituição, as quais são chamadas de “usages of de constitution”. Estes têm o mesmo papel das convenções constitucionais inglesas para a concretização da constituição americana. Segundo I. N. Stevens estes “usages” são costumes americanos para o exercício da constituição. Hsü Dao-Lin esclarece que os “usages of the constitution” são em realidade as “convention of the constitution” que nos Estados Unidos receberam outro nome, uma vez que a expressão “conventions” não foi empregada no sentido inglês de acordo, mas, sim, no sentido de reunião, assembleia. No Estado Americano a expressão “conventions” foi reservada para as “constitutional conventions” que significam a Assembleia Nacional Constituinte Americana.

Pelo que foi exposto, pode se constatar que a constituição americana não é paradigma para as outras constituições escritas e rígidas, as quais costumam ser extensas e detalhadas, em maior ou menor medida, bem como serem relativamente recentes. Além disso, um fator que não pode ser dissociado do sucesso dos

“usages” e das “conventions” inglesas é o grau de democracia e estabilidade política dos Estados Unidos e da Inglaterra. Estes institutos, em um país desprovido de tamanha estabilidade, poderiam facilmente ser utilizados para verdadeiramente descumprirem a constituição sob o pretexto de cumpri-la, especialmente em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Outra questão também já vista nesta dissertação e que diferencia os Estados Unidos de muitos países com constituição escrita e rígida é que aquele também adota o sistema da “common law”, à maneira da Inglaterra. Também como a Inglaterra, as “usages” não são consideradas direito nos Estados Unidos e, portanto, não poderiam ser submetidas ao controle judicial.

Hsü Dau-Lin nos esclarece esta questão e também informa que inadequadamente no passado se traduziu as “conventions of the constitution” como direito consuetudinário, o que acarretou o entendimento inapropriado de que as convenções constitucionais inglesas seriam direito costumeiro e, como tal, seriam normas jurídicas. Desta observação de Hsü Dau-Lin pode-se inferir a possibilidade de ter esta impropriedade de tradução contribuído para a confusão entre convenções constitucionais e costumes constitucionais. Mas convenções e costume não se confundem, pois, além de outras diferenças, a mais significativa é a de que este é direito ao passo que aquelas não o são.

Dessa forma, não se sustenta o argumento que cita os Estados Unidos da América como exemplo para que as convenções constitucionais possam ser aplicadas a países com constituição escrita e rígida.

Após esta breve explicação quanto à origem do instituto das convenções constitucionais no sistema constitucional inglês, bem como deste resumido paralelo com o sistema constitucional americano, retoma-se a questão das convenções constitucionais e parlamentares nos países continentais de constituição escrita e rígida citados nesta dissertação, mas que podem servir de modelo, ao menos referencial, para os demais países na mesma situação.

Tem-se dito frequentemente pela doutrina que sustenta a existência válida dos costumes constitucionais ilimitados, como já visto nesta dissertação, que os costumes constitucionais são fonte autônoma do direito constitucional capazes, portanto, de criarem normas constitucionais não escritas com a mesma força da constituição escrita fruto do poder constituinte originário.

Para sustentar tal colocação, toda uma construção jurídica foi realizada, a qual pode ser resumida na reformulação de diversos conceitos jurídicos clássicos, pois estes justamente, caso não fossem reformulados, trariam obstáculos intransponíveis à noção dos citados costumes constitucionais. Dessa forma, de maneira indireta, foi afastada a teoria geral do direito de forma a aparentemente estarem os costumes constitucionais ilimitados baseados em concepções da ciência jurídica, além de que foi usado um silogismo próprio para os costumes constitucionais.

Estas reformulações de conceitos são em realidade a criação de conceitos próprios, mas revestidos com nomes clássicos. Estas adaptações, como se viu, destinam-se a justamente criar as premissas para se chegar a uma conclusão preestabelecida, qual seja, a capacidade criadora dos costumes constitucionais ilimitados como já exposto.

Quando se tratam dos costumes constitucionais, há uma inversão lógica ou um silogismo às avessas, pois primeiro se estabeleceu uma conclusão para depois serem criadas as premissas que a sustentariam, sendo estas premissas as reformulações conceituais acima citadas. Dessa forma, há uma lógica apenas aparente, pois que se trata também de um silogismo aparente e não real. Sem tais premissas aparentes não seria possível conceber juridicamente os costumes constitucionais ilimitados.

Carlos Girola inclusive, como já visto, assim o diz, pois alega que somente aceitando a sua teoria é que se poderia conceber os respectivos costumes constitucionais. Em outras palavras, se suas ideias, que na verdade são justificativas hipotéticas, não fossem aceitas, cairia por terra toda a argumentação dos costumes constitucionais. E, diante do ponto de vista desta dissertação, tais concepções não podem ser aceitas, pois contrárias à própria ciência jurídica, vez que apartadas da teoria geral do direito.

Além das conclusões anteriores, pode-se chegar a algumas constatações que são o objeto e a proposta desta dissertação.

A indefinição dos conceitos de práticas, precedentes, normas de correção constitucional, convenções constitucionais, convenções parlamentares, costumes constitucionais e costumes parlamentares ocorrem nos sistemas constitucionais de constituição escrita e rígida, ou seja, fora da Inglaterra.

Isto porque, dentro da Inglaterra, tal confusão de concepções não ocorre, uma vez que o sistema constitucional britânico, como já visto, é composto pela constituição costumeira, pelas leis escritas que integram também a constituição, pelos costumes, sejam estes simbólicos ou os de direito costumeiro, bem como pelas convenções constitucionais. Sendo que as convenções constitucionais podem ser consideradas as protagonistas dentro do sistema constitucional inglês.

Fora do sistema britânico, isto é, nos sistemas de constituição escrita e rígida, há grande mudança de paradigma constitucional e também uma incompatibilidade natural e invencível entre ambos os sistemas. Ocorre que, como se constatou nesta dissertação, há a tentativa de sobreposição do sistema inglês não escrito ao sistema escrito e rígido dos países continentais citados, ou seja, Itália e França. Desta incompatibilidade decorre a inadequação das ideias de direito não escrito quando aplicadas em um sistema escrito, gerando deformações conceituais na tentativa de conciliar o inconciliável.

Quanto ao motivo da sobreposição citada, é razoável supor que isto decorra da excelência do admirável sistema inglês. Como se viu na Parte I desta dissertação, o êxito e a admiração relativos ao sistema parlamentar britânico acarretou com que esse se espalhasse por diversos países, mas, também como já foi visto, o modelo britânico foi adotado em partes, pela natural impossibilidade, sobretudo, de se transplantar a constituição costumeira inglesa, a qual foi fruto da própria história britânica.

Em face desta sobreposição de sistemas incompatíveis, houve a necessidade de adaptação e, com isso, buscou-se na figura dos costumes constitucionais e parlamentares a forma de se tentar aplicar as convenções constitucionais inglesas nos sistemas constitucionais escritos. Vale lembrar que na Inglaterra não há a espécie “convenções parlamentares”, mas apenas as convenções constitucionais, como também já verificado nesta dissertação.

Nos costumes constitucionais e parlamentares foi buscada, então, a solução para o problema da obrigatoriedade e caráter vinculante das convenções constitucionais inglesas, pois na Inglaterra existe o dever de obediência às convenções, ao passo que nos sistemas constitucionais escritos somente uma lei (sentido lato) pode ser obrigatória, sendo o costume fonte do direito, mas desde que reconhecido pela lei ou judicialmente. Assim, uma convenção, ou seja, um comportamento ou uma opção política baseada, via de regra, mas não

necessariamente, em precedentes, não teria valor jurídico e não poderia ser vinculante. Dessa forma, o caminho encontrado foi aplicar as convenções constitucionais inglesas nos sistemas constitucionais escritos, mas rotulá-las de costumes constitucionais ou parlamentares.

Diante disso e da incompatibilidade acima mencionada, precisou ser criada toda uma doutrina que legitimasse as convenções constitucionais rotuladas de costumes. Daí surgiram todas as mudanças de institutos jurídicos já mencionadas nesta dissertação para se criarem as premissas para se chegar a uma conclusão preestabelecida, ou seja, de que os costumes constitucionais possuem características próprias (leia-se: completamente diferentes) do costume jurídico tradicional, o qual é fonte do direito.

Dessa forma, sustenta esta dissertação um equívoco de conceituação dos costumes constitucionais. Assim, propõe-se dizer o que eles são e o que não são, como forma de desfazer a indefinição das noções e a generalidade dos conceitos que são a base do problema que nesta dissertação se busca apresentar uma solução. Portanto, os costumes constitucionais (gênero) e os costumes parlamentares (espécie) não são costumes jurídicos, pois são as convenções constitucionais inglesas sob outro nome. As chamadas praxes, às quais estão ligadas aos precedentes, nos sistemas constitucionais escritos, não são normas jurídicas constitucionais, pois são em realidade meros comportamentos e que consubstanciam-se nas fases de geração de uma convenção constitucional. Dessa forma, as praxes não são normas jurídicas.

Assim, uma praxe (um mero comportamento), caso seja entendida como referencial, pode transformar-se em um precedente. Na hipótese de este precedente se repetir ou ser muito relevante, pode nascer uma convenção constitucional quando as outras duas questões de Jennings estejam presentes, como já visto.

Para ser entendida a natureza das praxes constitucionais deve se abstrair a esfera constitucional e observar o que seria uma prática fora da esfera constitucional. A prática infraconstitucional não possui valor jurídico. A praxe constitucional é apenas uma prática dentro do âmbito constitucional: sua natureza não muda, mudando apenas sua esfera de atuação (constitucional ou infraconstitucional).

Quanto aos costumes constitucionais e parlamentares, como se viu, não são normas jurídicas, pois as convenções constitucionais quando aplicadas nos

sistemas constitucionais escritos não são capazes de criar norma jurídica e, portanto, dever de obediência, uma vez que nos sistemas escritos só há obrigação diante de lei.

Também há a constatação de que houve a tentativa de se transferir a constituição costumeira inglesa para os países de sistema constitucional escrito, pois esta seria formada pelo conjunto dos próprios costumes constitucionais ilimitados, criando a constituição não escrita paralela já mencionada esta dissertação. Em outras palavras, tentou-se transportar a Inglaterra para outros países, do ponto de vista jurídico-constitucional.

Ainda, não há a figura da soberania do parlamento fora da Inglaterra. Os parlamentos italianos e franceses não são soberanos, não obstante esta soberania seja declarada pelos respectivos Autores, sendo que na Itália recebe outro nome, ou seja, de teoria dos atos "interna corporis". Não há nestes países como excluir o poder judiciário do seu papel de fiscal da constituição e impedir a sua fiscalização sobre o parlamento, conforme já visto nesta dissertação.

Também, como parte da solução do problema proposto nesta dissertação, constatou-se a tentativa de também se sobrepor aos sistemas constitucionais escritos a constituição costumeira inglesa, pois a liberdade plena ou o caráter de ausência de limites dos costumes constitucionais ilimitados só são possíveis diante de uma constituição não escrita e flexível, à maneira da Inglaterra, como já mencionado nesta dissertação.

Por fim, mencione-se que estas análises críticas e soluções apresentadas nesta dissertação a título de tentativa de contributo basearam-se em uma análise teórica e, por isso, acredita-se que as mesmas não se limitem aos sistemas constitucionais italiano e francês, podendo ser aplicadas à generalidade dos sistemas constitucionais baseados em uma constituição escrita e rígida.

BIBLIOGRAFIA

AVRIL, Pierre. *Les “conventions de la constitution”*. Revue Française de Droit Constitutionnel. Número 14. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

AVRIL, Pierre; GICQUEL, Jean. *Droit parlementaire*. 3ª édition. Paris: Montchrestien. s/d.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Eduardo C B. *Metodologia da pesquisa jurídica*, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMBY, Jean-Pierre. *A propos de “conventions” de la constitution*. Revue du Droit Public et de la science politique en France et L'étranger. Número 1. Paris: L.G.D.J., 1988.

CAPITANT, René. *La coutume constitutionnelle*. Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, nº 4, jul./out.,1979.

_____. *Le droit constitutionnel non écrit*. Recueil d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François GénY. Tome III, Les sources des diverses branches du droit. Paris: Librairie du Recueil Sirey, s/d.

CARBONE, Carmelo. *La consuetudine nel diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1948.

CHACON, Vamireh. *O novo parlamentarismo*. Brasília: Fundação Milton Campos, 1978.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*, 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitucion, traduccion Pablo Lucas Verdú e Christian Förster*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, s/d.

DI CIOLO, Vittorio. *Il diritto parlamentare nella teoria nella pratica*. 2ª edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

GIROLA, Carlo. *Le consuetudini costituzionali*. Recuel d'etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Géný. Tome III, Les sources des diverses branches du droit. Paris: Librairie du Recueil Sirey, s/d.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Milano: Giuffrè, 1993.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*, 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. In ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Temas fundamentais do direito constitucional, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*, segunda tiragem 2013. São Paulo: Saraiva, 2009.

JOWELL, Jeffrey; OLIVER, Dawn. *The changing constitution, Third edition*. Oxford: Clarendon press, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MICELI, Vincenzo. *Principii di diritto parlamentare, estratto dalla enciclopedia giuridica italiana*. Milano: Società Editrice Libreria, 1910.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III, direito eleitoral e direito parlamentar*. Lisboa: AAFDL, 2003.

_____. *Manual de direito constitucional, tomo I*, 9ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. *Manual de direito constitucional, tomo II*, 7ª edição. Coimbra: Coimbra, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*, Salvador: Juspodium, 2013.

_____. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controlo da constitucionalidade*, tomo I, 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2006.

MURO, Ignacio Torres. *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios. La experiencia italiana*. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Año 6. Número 17. Mayo-Agosto, 1986.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2010.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, vol. 1, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEVENS, I. N.. *Constitutional and administrative law*. 2ª edition. London: Pitman Publishing, 1993.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.